

النِّبَاتَةُ فِي التَّصْرِيفِ الْقَانُونِيِّ

طبيعتها وأحكامها وتنازع القوانين فيها

د. جمال مرسى بدر



الطبعة الأولى: ١٤٢٥ هـ

عاشق

د. جمال مرسى بدر

النيابة في التصرفات القانونية طبيعتها وأحكامها وتنازع القوانين فيها



المكتبة الوطنية والمحفوظات

١٩٨٠

الطبعة الثانية

« انى رأيت أنه لا يكتب انسان كتابا فى يومه الا قال فى
غده : لو غير هذا لكان أحسن ، ولو زيد كذا لكان
يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان
أجمل . وهذا من أعظم العبر ، وهو دليل على استيلاء التقص
على جملة البشر » .

العماد الاصفهاني
(المتوفى سنة ٥٩٧ هـ)

تصدير الطبعة الثالثة

هذه الطبعة الجديدة هي ثمرة اتصال لم ينقطع بموضوع النيابة في التصرفات القانونية منذ ظهرت الطبعة الأولى من هذا الكتاب في سنة ١٩٥٤ ، وقد شجعنا على المضي في هذا المجهود أن كتابنا - بالرغم من انقضاء تلك السنوات الطوال - لا يزال المرجع الأساسي الوحيد في موضوعه بالعربية .

وقد أتاح لنا متابعة كل جديد في التشريع والفقه والقضاء في موضوعنا أن نضيف إلى محتويات الطبعة الثانية التي نشرت سنة ١٩٦٨ ما صدر في الفترة بين الطبعتين من نصوص تشريعية وما ظهر من آراء فقهية أو اتجاهات قضائية سواء في بلادنا العربية أو في البلاد الأخرى التي تدخل قلمها القانونية في نطاق هذه الدراسة المقارنة التي تصبح بذلك متمشية مع حركة التشريع وتقدم الفقه واجتهاد القضاء فضلا عن شمولها الفقه الإسلامي بوصفه أحد النظم القانونية التي قارنا بين أحكامها بشأن النيابة .

وإذا ذكرت حركة التشريع فلا يد من الإشارة الى أن الفترة بين هذه الطبعة وسابقتها شهدت صدور ثلاثة تقنينات مدنية عربية هي القانون المدني السوداني الصادر سنة ١٩٧١ والقانون المدني الجزائري الصادر سنة ١٩٧٥ والقانون المدني الأردني الصادر سنة ١٩٧٦ ، والتقنينان السوداني والجزائري حلقتان في سلسلة توحيد القانون المدني بين الأقطار العربية التي كانت حلقتها الأولى القانون المدني المصري الحالي الصادر سنة ١٩٤٨ ، غير أن القانون المدني السوداني لم يلبث أن صدر قانون بالغائه لأسباب محلية لا نخوض فيها هنا وحل محله فيما يخص موضوع هذا الكتاب قانون الوكالة لسنة ١٩٧٤ ، وقد ضمنا هذه الطبعة الثالثة اشارات الى نصوص القانون المدني الجزائري وقانون الوكالة السوداني والقانون المدني الأردني كما أضفنا اشارات الى مجلة الالتزامات والعقود التونسية لم تكن واردة في الطبعة الثانية وذلك حتى يصبح هذا الكتاب - الى كونه مرجعا للباحثين في موضوعه - أداة عملية مفيدة للمشتغلين بالقانون في أكبر عدد من الأقطار العربية .

وان كل ما أضفناه أو أعدنا النظر فيه أو استحدثناه لهو مصداق كلمة العباد الأصفهاني التي صدرنا بها هذا الكتاب في طبعاته الثلاث وهي عذرنا الذي نتقدم به عما قد يكون في عملنا من نقص نرجو أن يعزوه القارئ الى القصور لا الى التقصير .

المؤلف

مقدمة

١ - لفكرة النيابة في مختلف فروع القانون تطبيقات تكثر عدد بقدر ما تزداد تنوعا وهي تطبيقات تتسع حتى تشمل ما بين القانون العام والقانون الخاص من مجالات فسيحة ، فالقانون العام الدستوري يعرف فكرة النيابة كأساس للنظام الديمقراطي الذي يتمثل في الحكومة « النيابة » ، كما يعرفها القانون العام في فرعه الدولي كأساس للتمثيل الدبلوماسي حيث ينوب السفراء عن دولتهم لدى الدول الأجنبية ، كما تبرز فكرة النيابة عن الجماعة الدولية في نظم الائتداب والوصاية حيث تنوب الدولة المنتدبة أو الوصية عن جماعة الدول في حكم الدولة المتأخرة الموضوعة تحت الائتداب أو الوصاية .

ولئن كانت هذه هي بعض تطبيقات فكرة النيابة في قروع القانون العام ، فإن لتلك الفكرة في مختلف فروع القانون الخاص تطبيقات ليست أقل عددا ولا أدنى تنوعا ، فقانون المرافعات يعرف جيدا فكرة النيابة عن الخصوم في الدعوى وينظم أحوالها ويحدد التواعد التي

تحكمها ، والقانون التجارى فى تنظيمه للأفلاس لا يجعل فكرة النيابة كأساس لعلاقة السنديك بالفلس ويجساعة الدائنين ، كما أن فكرة النيابة ليست غريبة عن بعض أحكام قانون الشركات وبعض أحكام قانون التجارة البحرى •

فاذا عرضنا للقانون المدنى وجدنا لفكرة النيابة فيه آثارا متعددة مفرقة فى مختلف النظم المدنية فنقابل النيابة فى صدد علاقة الموكل بالوكيل وعلاقة الفضولى برب العمل وعلاقة الوصى بالقاصر ثم نقابلها أيضا فى علاقة المتبوع بالتابع كما تعرض لنا تلك الفكرة فى علاقة الدائن بالمدين حيث « ينوب » الدائن عن مدينه فى رفع الدعوى بحقوق المدين وتعرض لنا النيابة كذلك فى علاقة المتضامنين بعضهم البعض حيث يعتبر المدين قائبا فى التصرف النافع عن سائر المتضامنين معه ، ثم أن « الاثابة فى الوفاء » لا تخلو من الماع الى فكرة النيابة •

٢ - ولئن دل تعدد هذه التطبيقات وتنوعها على شيء فانما يدل على أن فكرة النيابة بصفة عامة ينقصها الكثير من التحديد فهى لذلك تستخدم فى مواضع مختلفة ليس بينها ارتباط حقيقى كما أن تعبير النيابة يطلق على أوضاع كثيرة متباينة لا جامعة بينها الا ذلك التعبير غير المحدد الذى يتسع بفضل عدم تحديده لنظم لا تربطها رابطة فنية ولا وحدة صحيحة •

لهذا كله كان من الحتم أن نحدد نطاق هذه الدراسة تحديدا دقيقا تقتضيه ضرورات البحث العلمى ويستلزمه الاحتراز من توزيع انجهد فى أكثر من ميدان ولهذا كان عنوان هذا الكتاب واضحا فى الدلالة على اقتصار البحث على ميدان القانون الخاص ثم اقتصاره من

ذلك الميدان على نطاق التصرفات القانونية ، فالنية في التصرفات القانونية هي موضوع دراستنا •

أما كيف تعرض النية في التصرفات القانونية فيمكن إيضاحه — من غير الأخذ مقدما بتعريف معين للنية — عن طريق تقرير الواقع في حالات النية في التصرف القانوني ويتجلى ذلك الواقع في أن تصرفا قانونيا معيناً يتولى إبرامه شخص يسمى النائب فتقع آثاره مباشرة في ذمة شخص آخر يسمى الأصل بحيث لا يكون للنائب الذي باشر التصرف شأن بآثاره التي يتفرد بها الأصل والغير الذي تعامل معه النائب •

ولفكرة النية — محددة على هذا الوجه — تطبيقات كثيرة في القانون المدني وهي تطبيقات يتجلى في ذبوعها ما لنظام النية من أهمية عملية قصوى في الحياة المدنية حتى صح أن يقال أنه « ان كان هناك نظام تقابله في كل خطوة من خطوات الحياة القانونية اليومية فهذا النظام هو النية » (١) •

٣ — والنية كنظرية عامة مستخلصة من تطبيقاتها العديدة ليست قديمة في الفقه فهي لم تبرز كنظام له صفة العموم الا في أواخر القرن

(١) بولكار في تصديره لرسالة مادراى ص ٩ وانظر سالفانيه : الاطوار الاقتصادية والاجتماعية للقانون الخاص المعاصر ج ٣ باريس ١٩٥٩ حيث يقول المؤلف (ص ٣٦) : « لقد كانت النية في سنة ١٨٠٤ (عند صدور القانون المدني الفرنسي) هي الاستثناء ولكنها لم تعد كذلك فقد اجتاحت اليوم كل الحياة القانونية » ويقول الفقيه الألماني المعاصر ولترام موثر - فراينفلس (عميد « معهد القانون المدني الأجنبي والدول » بجامعة اليرث لودفيج في فريبورج بألمانيا الاتحادية) : « أصبحت النية في جميع النظم القانونية الحديثة عنصراً لا غنى عنه في النظام الاجتماعي القائم يذوق وظائف متنوعة للغاية في كل من مجال القانون العام والقانون الخاص » • انظر مقالته عن النية في دائرة المعارف البريطانية الجديدة •

The New Encyclopaedia Britannica (1974), Macropaedia, Vol. 1, pp. 291-295.

المأخوذ وفي مطلع هذا القرن العشرين على يد الفقهاء الألمان والإنجليز
ثم القرنسبين (١) الذين اتجهوا في دراستهم الى استخلاص مقومات
النباية من تطبيقاتها كالوكالة والفضالة وغيرها والى ابراز كيان النباية
المتميز حتى استوت لها نظرية عامة تنبسط على كثير من النظم ولكنها
لا تختلط بها بل تتميز عنها بمقوماتها الذاتية وأركانها الخاصة .

وطبيعى أن ينعكس على النصوص التشريعية الاقتدار الى نظرية
عامة في النباية ولهذا نجد التقنيات المختلفة خلوا الى عهد قريب -
من نصوص تناول النباية بصفة عامة الى جوار النصوص المنظمة لمختلف
تطبيقات النباية من وكالة وفضالة ووصاية الى غير ذلك مما أوردته
التقنيات المختلفة في مكانه بين العقود الخاصة أو بين نظم حماية ناقص
الإهلية .

ولم يكن القانون المدنى المصرى يختلف في هذا النص عن مصدره
الأهم وهو تقنين نابليون فكلاهما لم ينظم النباية بنصوص عامة ترد في
موضعها من صدر المجموعة بين المواد التى تحكم اعتقاد التصرفات
القانونية الى أن جاء قانوننا المدنى الصادر في سنة ١٩٤٨ وسد هذا
التقص في المواد ١٠٤ وما بعدها التى رسمت « القواعد الأساسية لنظرية
عامة في النباية في التعاقد لا نظير لها في التقنيات الراهنة » (٢) .

وقد سارت على النهج نفسه قوانين البلاد العربية التى استمدت

(١) أما الفقه الإنجليزى والفقه الأمريكى فيميزان بالملو من محاولات الفقه بينه
نظري لنظام النباية ولا غرابة في ذلك إذ أن التفكير الإنجليزى سكوتى - لفظة الطابع
المسل عليه - ينأى عن ينأى عن المضاربات العقلية ولا يحفل كثيرا باستخلاص النظريات
فى كل مجال ومع ذلك فالمعروف تاريخيا أن النباية كنظام جامع لتطبيقاته العملية لم يهمل
فى الظهور فى أحكام القضاء الإنجليزى ثم الأمريكى إلا ابتداء من القرن العاشر عشر
أنظر ستولجار ص ١٤ .

(٢) الفكرة الإيضاحية لمروج تنقيح القانون المدنى ج ٢ ص ٥٠ .

من التقنين المدني المصري والقانون المدني السوري الصادر في ١٨ مايو سنة ١٩٤٨ قد تناول الأحكام العامة للنيابة في المواد ١٠٥ - ١٠٨ منه وتناولها القانون المدني الليبي الصادر في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٣ في المواد ١٠٤ - ١٠٨ منه كما تناولها القانون المدني السوداني الصادر في ٣١ مايو سنة ١٩٧١ في المواد ٨٩ - ٩٣ منه وكذلك القانون المدني الجزائري الصادر في ٢٦ سبتمبر سنة ١٩٧٥ في المواد ٧٤ - ٧٧ منه ، ومواد النيابة في هذه القوانين مأخوذة عن مثيلاتها في القانون المصري بنصوصها تقريبا (١) وعلى ذلك يصح أن يعتبر هذا الكتاب دراسة لنظرية النيابة في جميع قوانين البلاد العربية المأخوذة عن القانون المصري مع اشاداته الى غيرها من قوانين الدول العربية . ولا يفوتنا هنا أن تنوه بهذه الخطوة العامة نحو توحيد قوانين البلاد العربية وحين أن تمتد هذه الحركة الى سائر الدول التي ما زالت تحتفظ بتقنياتها القديمة بحيث تصل وشيكا الى ما يروى اليه رجال القانون العرب ألا وهو القانون المدني العربي الموحدة (٢) .

هذا وأن أول تقنين أبرز وجود النيابة المستقل وظلمها في نصوص لها صفة العموم هو التقنين المدني الألماني الصادر سنة ١٨٩٦ والمطبق ابتداء من يناير سنة ١٩٠٠ وذلك في المواد من ١٦٤ الى ١٨١ منه وتلاه قانون الالتزامات السويسري فأفرد للنيابة بصفة عامة المواد من ٣٣

(١) فيما عدا المادة ٨٩ من القانون المدني السوداني التي تختلف عن المواد المقابلة لها في القوانين المدنية العربية الأخرى . انظر ما يلي البند ٢٣ ، ٢٧ ، ٥٠ مكرر و ٥٦ . أما القانون المدني العراقي فانه لم يتناول الأحكام العامة للنيابة ولكنه يحتوي في باب الموكلة على المادتين ٨٤٤ ، ٩٤٣ اللتين هما إعلان الموكلة ١٠٥ و ١٠٦ من القانون المدني المصري .

(٢) يجد القارئ عرضة تاريخية للمرحلة الأولى من حركة توحيد القوانين في البلاد العربية في معاصرة المؤلف التي اقيمت في المؤتمر الثاني للمحامين العرب المنعقد بالقاهرة في مارس ١٩٥٦ وللأسف في « كتاب المؤتمر الثاني للمحامين العرب » ، القاهرة ١٩٥٦ من ١٦١ - ١٧٢ .

الى ٤٠ (١) اما مشروع الالتزامات الفرنسى - الايطالى فقد تناولها في المواد ٣١ وما بعدها .

وكذلك القانون المدنى الايطالى الحالى الصادر سنة ١٩٤٢ فقد نظم النيابة في المواد من ١٣٨٧ الى ١٤٠٠ كما أن اللجنة التى كان مجهودا اليها تنقيح القانون المدنى الفرنسى لم تغفل أمر النظرية العامة للنيابة فخصصتها بالمواد من ٢٠ الى ٣٤ من مشروعها (٢) .

٤ - على أن حداثة العهد بالنظرية العامة للنيابة لا يعنى أن هذا النظام كان مجهولا من القوانين المختلفة حتى ذلك العهد القريب فقد كان للنيابة - كما سبق القول - كثير من التطبيقات في قوانين مختلف البلاد منذ أبعد الأزمنة فقد عرفت تلك القوانين الوكالة كما عرفت الفضالة وعرفت النظم الخاصة بحماية ناقصى الأهلية الى غير ذلك من تطبيقات النيابة ، ولا غرو فإن حياة الأفراد في المجتمع تتطلب تضامنهم وتعاونهم ومن صور ذلك التضامن والتعاون نيابة بعضهم عن بعض في مباشرة التصرفات القانونية ولقد قيل من زمن بعيد أن « ما كان من قبيل العاديات الجارية بين الخلق في الاكتسابات وسائر المحاولات الدنيوية التى هى طرق الحفظ العاجلة كالمقود على اختلافها والتصاريف المالية على تنوعها .. يقوم فيها الانسان عن غيره وينوب منابه .. في استجلاب المصالح له ودرء المقاسد عنه بالاعانة والوكالة ونحو ذلك مما هو في معناه » (٣) .

(١) ونقابها في قانون الالتزامات التركى المقول عن القانون السويسرى المواد ٤٠ - ٤١ وهى مأخوذة بنصها عن المواد المقابلة لها في القانون السويسرى بحيث يمكن اعتبار ماوجنا اليه من مراجع تركية امتدادا للقانون السويسرى .
(٢) أوردنا في ذيل هذا المؤلف التصور العام للمنطقة بالنسبة في مختلف التطبيقات .

(٣) الشاطبي : الموافقات في أصول الشريعة ج ٢ ص ٢٢٧ =

على أن الأمر المباشر للنيابة - بمعنى وقوع نتائج تصرف النائب في ذمة الأصل مباشرة وعلى وجه الاقتصاد - وهو الخاصية البارزة لنظام النيابة في القوانين الحديثة لم يكن مسلماً به عند فقهاء الرومان على إطلاقه بل أن القاعدة في القانون الروماني كانت انتفاء ذلك الأمر المباشر وكان الاستثناء هو وقوعه في حالات معينة أغلبها ما كان متعلقاً بنيابة الأشخاص الخاضعين لسلطة رب الأسرة (كالأبن والرقيق) في جعل رب الأسرة دائئاً بإطلاق ، وفي جملة مدينا في حالات خاصة وبحدود معينة أما من لم يكن خاضعاً لسلطة غيره فلم يكن قيامه بالتصرف لحساب ذلك الغير منتجاً لأمر مباشر وإنما كانت آثار التصرف تقع في ذمة النائب الذي لا يعرف المتعاقد الآخر غيره . ثم تطور القانون الروماني فأعطى الغير المتعاقد مع النائب دعوى قبل الأصل بفحاشة دعواه قبل النائب اللهم إلا إذا كانت النيابة قانونية (كنيابة الوصي والقيم) فقد كان للنائب في هذه الصورة دفع يدفع به دعوى الغير ضده بحيث لم يكن للغير أن يرجع إلا على الأصل فكأن النيابة في هذه الصور (أي في حالات النيابة القانونية) نيابة كاملة ذات أثر مباشر (١) .

= ومن أقوال الفقيه الروماني بول في الليجست « أن أصل التوكيل مستمد من الواجب الإنساني ومن عاطفة المودة » *« Originem ex officio at que amicitia trahit mandatum »* والتعريب لتأني القاضي القضاة عبد العزيز فهمي في « قواعد وآثار لفهية رومانية » من منشورات كلية الحقوق بجامعة الأزهر الأول - القاهرة سنة ١٩٤٧ ص ٤٦ وقم ١٠٨ .

(١) أنظر في قاعدة انتفاء النيابة في القانون الروماني وما دخل عليها من التعديلات استجابة لضرورات العمل : جيرار *Manuel élémentaire* الطبعة السادسة ص ٦٧٨ - ٦٩٠ وكودريل : القانون الروماني بروكسل سنة ١٩٢١ ص ٣٠٩ - ٣١١ كجيه : *Manuel des institutions juridiques des Romains* باريس سنة ١٩٢٨ ص ٤٠٣ - ٤١١ نظرية العقد بند ٣٠١ حاشية ١ - والوسيط ج ١ بند ٨٣ حاشية ١ ورواست ٣٨ - ٤١ وخليق شحاته : فكرة النيابة في القانون الروماني - مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٤٥ ص ١١١ وما بعدها .

ولئن بحثنا عن علة قاعدة اقتصار آثار التصرف في القانون
الزروغاني وعدم التسليم بقاعدة الأثر المباشر للتوبة وجدنا ذلك راجعا
لعمدة اعتبارات هي :

١٤- بلز المياعة العربية للصقن الرومانى كانت تهدفه دائما الى
 ربيعية الانبساط والاعتماد على الفرد الحر عيشا له عن الرقيق وقد
 اقتضت اوطاة هذه الانبساط الا خرج اكلو نصف الفرد الا على
 كفة اكلو غيره (١) . - يؤيد هذا الفكر ان غاية الانبساط الضامن
 للمعاشرة زب الأسرة كانت مقردة من اول الامر في كل ما يحصل رب
 الأسرة واعماله انقلبت الى بطة مدينا في بعض الاحوال الطينة بينما لم
 تقرر غاية الافراد الكملو بعضهم عن بعض الا بعد تطور طويل وفي
 احوال خاصة .

٢- نحن السكينة التي كانت الطابع المميز للثقافتون الروماني لم
تكن مضطرب بأن صعداواز آثار الحضارة المضعف التي تولي القنوس
والإحتمال التي يقوم عليها التعرف الى شخص آخر لم يشترك في تلك
الخطوس: والإحتمال •

٣- أن النظرة الرومانية الى الالتزام نظرة شخصية بعثة وحفظ المذهب الشخصي في الالتزام يقتضى ألا يتعدى الالتزام أشخاص القانونين المتصرف القانوني الناشئ عنه الالتزام الى غيرهم حين لم يشترك في إبرام التصرف (٢) . ومن هنا كذا من القواعد المقررة في القانون الروماني أن «القود» لا تستحق غير الأكرافيا بثمن ولا ضرر»

(١) هذا الاعتبار في رأى القبية الألمانى شلو مسلمان هو الصلة الوحيدة لقاعدة انشاء
النسابة في القانون الرومانى - أنظر بوسكو - رانسيمانو ص ٢٩ - ٣٠ .

(٦) لهذا قال القليبي الألماني Puchta من قاعدة انقضاء النيابة في القانون الروماني أنها متعينة تماما مع طبيعة الالتزام . انظر بوبسكو واعتصمافو ص ٢٧ . والقليبي المذكور هو صاحب بحث انقضاء النيابة لانقضاء متعينة : انظر ما على يده ١٤ حاشية .

وإن «حكم المقود الاقتصار» (١) وإن «لا شبهة في عدم التزام
السلطان بمقتد غيره» (٢) .

على أن قاعدة اتفاء النيابة وإن كانت وليدة المنطق القانوني
الروماني البحث إلا أن الرومان ما لبثوا أن واجهوا التنازع الذي
قام بين ذلك المنطق المجرد وبين ضرورات العمل ومن هنا وجدت في
القانون الروماني الأوضاع المتعددة التي تخفف من وطأة القاعدة الأصلية
والتي ألعنا اليها خيما تعلم وسار تطور القانون الروماني سيرا بطيئا
نحو التوسع في إقرار النيابة وإن كان ذلك القانون لم يبلغ حظ مرحلة
إقرار النيابة المباشرة كنظام عام شامل كما هو الشأن في القوانين الحديثة
وظل العقل الروماني متسائلا أبدا بما يبدو في ارتباط شخص بتأجيل
تصرف غيره من خروج ظاهري على غلبائع الأشياء .

٥ - وتعود بنا العبارة الأخيرة إلى تحديد نطاق هذا البحث ،
اذ ليس كل تدخل من الغير في أمر التصرف القانوني يعتبر نيابة . كما
أنه ليس من الحتم أن ينطوي كل استثناء من قاعدة إقتصار آثار
التصرف على شخص عاقدته على نيابة .

فالنيابة بمعناها الفني الدقيق الذي سنلتزمه طوال هذا البحث
هي - كما سيتضح من دراستنا لطبيعة النيابة في الكتاب الأول - نيابة
في الإدارة التي يعتقد بها التصرف مع بقاء النائب بمجزل عن آثار
التصرف التي لا تلحق سوى الأصل ، وعلى ذلك ينبغي أن نستبعد من
نطاق البحث أوضاعا كثيرة لا تدخل في مدلول النيابة على الوجه المتقدم

Res inter alios acta aliis neque nocere neque prodere potest - (١)

والتعريب لمحمد العزيز فهمي المرجع السابق ص ١٩ رقم ١١٢ .

Certissimum est ex alterius contractu neminem obligari - (٢)

والتعريب لمحمد العزيز فهمي المرجع السابق ص ٩٤ رقم ١١٠ .

وهذه الأوضاع نوعان : نوع يكون فيه الشخص غير الأصل دور ما في التصرف القانوني من غير أن ينمق ذلك التصرف بإرادته هو ، ونوع نجد فيه خروجاً على قاعدة اقتصار آثار التصرف من غير أن يكون من انمقذ التصرف بإرادته غريباً عن آثاره .

٦ - فمن النوع الأول من هذه الأوضاع الخارجة عن نطاق النيابة :

(١) الرسالة : فقد يحدث أن يرم عقد بين شخصين عن طريق رسول ينقل إرادة أحدهما للآخر وهذا الرسول وإن لعب دوراً في إبرام التصرف القانوني إلا أن تدخله في أمر التصرف لا يدخل هذا الوضع تحت مدلول النيابة إذ أن الدور الذي للرسول في هذه الصورة هو دور مادي بحت لا يتجاوز مجرد نقل إرادة أحد الطرفين للآخر شأنه في ذلك شأن الكتاب أو آلة التليفون فهو مجرد أداة لنقل إرادة المتعاقد بينما النيابة تقتضى من النائب نشاطاً ارادياً لا مجرد نشاط مادي إذ أن النائب يعبر في التصرف عن إرادة خاصة به تنبني عليها - بتوافقها مع إرادة الطرف الآخر - آثار تلحق الأصل مباشرة .

ومن هنا لم يكن لعلم الرسول أو جهله مضمون الرسالة قيمة أو أثر ومن هنا أيضاً يستوى الرسول الذي ينقل مجرد قبول يجهل علام يعود والرسول الذي ينقل إرادة يعلم فحواها وموضوعها تفصيلاً ، كل ذلك لأن الرسول لم يخرج عن كونه مجرد ناقل لإرادة المتعاقد .

بينما النائب نظراً لأعماله وإرادته وقيامه بنشاط ارادى متميز ينبغى أن تتوفر فيه كافة شرائط الإرادة المنتجة لآثار قانونية فيجب أن يكون عالماً بكل ظروف التعاقد وغير واقع في عيب من عيوب الإرادة إلى غير ذلك مما هو مطلوب في كل متعاقد .

ومن هنا كذلك اعتبر التعاقد الذي يتم عن طريق رسول متعاقداً

بين غائبين تحكمه قواعد هذا النوع من التصرفات (المادة ٩٧ من القانون المدني المصري) بينما التصرف الذى يتولاه النائب - ان كان عقدا - يعتبر حاصلًا فى مجلس واحد لأن المتعاقد هو فى الحقيقة النائب والارادة التعاقدية صادر عنه لا عن الأصل .

ولهذا صح القول بأن الرسول فى التصرف القانونى انما يتكلم بضمير الغائب بمعنى أنه لا يذكر عبارة العقد باعتبارها عبارته وانما يسبها الى المرسل الذى هو المتعاقد الحقيقى بينما النائب يتكلم بضمير المتكلم فينسب عبارة العقد الى نفسه وان أرجع آثارها الى الأصل .

فهنا - فى الرسالة - وضع نرى فيه لشخص خلاف صاحب الشأن دورا فى انشاء التصرف القانونى ولكن هذا الوضع لا يدخل مع ذلك تحت مدلول النيابة بالمعنى الفنى لأن النمو الذى يتولاه الرسول دور مادى بحث لا شأن له بالارادة التعاقدية التى يبنى عليها التصرف .

٧ - (ب) المساعدة القضائية : تناولت المادة ١١٧ من القانون المدني المصرى وضعا آخر ينطوى على تدخل من شخص غير صاحب الشأن فى أمر التصرف القانونى ولكن التصرف مع ذلك لا ينمق بارادة المتدخل بل بارادة صاحب الشأن نفسه ونعنى بذلك المساعدة القضائية .

تنص المادة ١١٧ على أنه « اذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى « أصم أو أعمى أبكم وتقدر عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته جاز « للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه فى التصرفات التى تقتضى « مصلحته فيها ذلك . ويكون قابلا للإبطال كل تصرف من التصرفات »

« التي تقررت المساعدة القضائية فيها متى صدر من الشخص الذي
« تقررت مساعدته قضائيا بمساعدة المساعد اذا صدر التصرف بعد »
« تسجيل قرار المساعدة » *

وليس نظام المساعدة القضائية من مستحدثات القانون المدني
الحالي فقد أورد القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالمحاكم الحسبية
نفس النظام في المادتين ٤٧ و ٤٨ منه بذات العبارات الواردة في المادة
١١٧ مدني بفقرتيها مع تعديلات طفيفة لا تمس الجوهر *

وقد ورد في المذكرة الايضاحية لقانون المحاكم الحسبية بصدد
المساعدة القضائية أن المشرع لم « يأخذ برأى بعض التقنيات في »
« اعتبار الشخص المحتاج للمساعدة محدود الأهلية لأن الواقع من »
« الأمر أن هذا الشخص كامل الأهلية والادراك والارادة ولكنه عاجز »
« بسبب عاهة جسمية لا عقلية عن التعبير عن ارادته بحيث يخشى أن يقع »
« في غلط فيما يبرمه من عقود » وقد قصد المشرع بتعيين مساعد »
« قضائي له أن يكون هذا المساعد مترجما لارادته اذا تعذر عليه »
« التعبير عنها حتى لا يقع في غلط مع من يتعامل معه وهذا ما يستفاد »
« صراحة من عبارة (وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته) » *

أما عن علة البطلان المقرر بالفقرة الثانية من المادة ١١٧ مدني
والمادة ٤٨ من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ فتقول المذكرة الايضاحية
ذاتها أن تلك المادة قد تضمنت « حكما للتصرفات الصادرة من »
« الشخص الذي تقررت مساعدته بدون معاونة مساعده القضائي »
« وبموجب هذا النص يكون التصرف باطلا بطلانا نسبيا على أساس »
« افتراض وقوع الشخص في غلط وهي قرينة قانونية على الغلط »
« لا تقبل الدليل العكسي » *

وظاهر مما تقدم أن التصرف القانوني المقترن حصوله بالمساعدة القضائية إنما تبرمه إرادة صاحب الشأن نفسه وأن المساعد القضائي لا يمتد دور الترجمة عن تلك الإرادة بغير أن يكون لإرادته هو دخل ما في إبرام التصرف ومن هنا كانت المساعدة القضائية خارجة عن نطاق النيابة التي هي موضوع بحثنا هذا لذات العلة التي خرجت من أجلها من نطاق البحث التصرفات التي تبرم بواسطة رسول • على أن المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الصادر في ٣٠ يوليو سنة ١٩٥٢ خاصاً بأحكام الولاية على المال والذي حل محل الكتاب الأول من قانون المحاكم الحسبية قد استحدثت حكماً في المادة ٧١ منه يكون فيه المساعد القضائي نائباً بالمعنى الصحيح وذلك إذ تنص تلك المادة في فقرتها الأخيرة على أنه « إذا كان عدم قيام الشخص الذي تقررت مساعدته قضائياً بتصرف معين يعرض أمواله للخطر جاز للمساعد رفع الأمر للمحكمة ولها أن تأمر بعد التحقيق بافتراد المساعد في اجراء هذا التصرف » • ولا شك في أن التصرف إذا انفرد به المساعد القضائي فإنه يبرم بإرادته هو دون دخل لإرادة صاحب الشأن وتكون هذه الحالة المستحدثة من حالات المساعدة القضائية أشبه بالحجر المخصص بتصرف معين والمساعد القضائي في ذلك التصرف أشبه بقيم خاص • وقد استطردت المادة ٧٣ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فاعتبرت المساعد القضائي « في حكم النائب » في تطبيق أحكام المواد ١٠٨ و ٣٨٢ و ٤٧٩ من القانون المدني وهي الخاصة بتعاقد النائب مع نفسه (م ١٠٨ و ٤٧٩) وبعلم سران التقادم فيما بين النائب والأصيل (م ٣٨٢) وواضح من النص على اعتبار المساعد القضائي « في حكم النائب » أن المساعدة القضائية ليست نيابة اللهم إلا في الحالة الوحيدة التي استحدثتها المادة ٧٢ من المرسوم بقانون المشار إليه •

٨ - أما النوع الثاني الأوضاع التي يجب تمييزها عن النيابة فهو ينطوي على خروج على مبدأ اقتضائهم التصرف ولكنه لا يخل مع ذلك في نطاق النيابة لأن آثار التصرف تلحق في الوقت ذاته للشخص الذي قد يشبه في تلك الأوضاع بالنائب بينما خاصية النيابة هي بقاء النائب غريبا عن آثار التصرف - فمن ذلك :

(١) الاشتراط لمصلحة الغير : معلوم أن المنتفع من الاشتراط لمصلحة الغير يكسب حقا مباشرا قبل التمهيد نتيجة للتصرف المبرم بين هذا الأخير وبين المشتري وبذلك نكون أمام وضع لم تقتصر فيه آثار التصرف على طرفيه (المشتري والمتمهد) وإنما تعدتها الى شخص ثالث هو المنتفع فربط له حقا مباشرا بمقتضى تصرف لم يشترك في إبرامه .

على أن خروج الاشتراط لمصلحة الغير على قاعدة اقتضائهم التصرف ليس معناه انطواء هذا الوضع على نيابة بالمعنى المقصود في هذه الدراسة وذلك لأن التصرف المتضمن الاشتراط لمصلحة الغير لا يربط المشتري بالتمهيد ويوقع في ذمة كل منهما آثاره لأنهما طرفا التصرف في الواقع ونفس الأمر والخاصية التي للاشتراط لمصلحة الغير هي أنه يضيف الى طرفي التصرف الملزمين دوما بآثاره شخصا ثالثا يترتب له حق مباشر قبل أحد الطرفين بينما خاصية النيابة المميزة هي في بقاء النائب بعيدا عن آثار التصرف التي لا تلحق الا الأصليل والغير الذي تعامل معه النائب فهذان - دون غيرهما - هما طرفا التصرف الملزمان بآثاره التي لا تلحق سواهما .

لهذا فالمشتري ليس بحال غالبا عن المنتفع بل هو طرف أصيل في التصرف مرتبط بآثاره واذن فلا نيابة في الاشتراط لمصلحة الغير وان

كان فيه خروج على قاعدة اقتصار آثار التصرف (١) .

٩ - (ب) التضامن بين المدينين - من أحكم التضامن السلبى أن تصرف أحد المدينين المتضامنين ينسحب أثره على سائرهم متى كان من شأنه تخفيف عبء الدين ومن المعتاد اللجوء فى تبرير هذا الحكم الى فكرة النيابة فيقال أن المدين المتضامن نائب عن سائر المتضامنين معه فى التصرفات النافعة لهم .

على أنه ان صح أن هذا الوضع ينطوى على خروج على قاعدة اقتصار آثار التصرف فمن غير الصواب نسبة هذا الوضع الى النيابة اذ لا نيابة هنا بالمعنى الدقيق طالما كان أثر التصرف النافع واقعا فى ذمة المدين المتصرف وقوعه فى ذمة زملائه - ذلك أن النيابة تقتضى الى جانب امتداد آثار التصرف الى غير منشئه بقاء منشئه التصرف بمعزل من تلك الآثار والا انتهت النيابة بالمعنى الصحيح وكان تبرير مثل هذا الوضع باللجوء الى فكرة النيابة تبريرا غير سليم ، وسنستوفى هذه النقطة بحثا عند كلامنا على آثار النيابة بالنسبة للنائب .



١٠ - أما وقد حددنا نطاق الموضوع وميزة النيابة النظم القانونية التى ليست منها وان اشتبهت بها والتى تخرج لذلك عن صلب هذه الدراسة فان فى الامكان أن نقول أن المعالم البارزة فى موضوع النيابة تتمثل : أولا فى تحديد الارادة التى يتعقد بها التصرف الحاصل بطريق النيابة ، وثانيا فى تفسير نتائج النيابة من حيث ايقاع آثار

(١) تحمل عبارة المادة ١٥٤ من القانون المدنى دليل انقضاء النيابة فى الاشتراط لمصلحة الغير اذ تقول انه " يجوز للشخص أن يعاقده باسمه على التزامات يعثر عليها لمصلحة الغير اذا كان له فى تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية او اديبة " .
ذلك أن الأصل فى جميع حالات النيابة أن النائب لا يعاقده باسمه بل باسم الأصيل (المادة ١٠٥) كما أن الأصل أن النائب لا تكون له فى التصرف ثلثا فيه مصلحة ما .

التصرف في شخص الأصل دون النائب ، وثالثا بيان الأحكام العامة للنياية بوصفها نظاما عاما يتميز بعمومه عما يشتمل عليه من نظم خاصة متعددة لكل منها - الى جوار أحكام النياية العامة - أحكامه الخاصة به في القانون •

وقد قصدنا الى تحديد هذه المعالم البارزة في موضوع النياية في هذه الدراسة المقارنة التي عمدنا فيها الى استيضاح أحكام مختلف النظم القانونية في كل نقطة ذات بال من نقط البحث متخذين مثلا للنظم اللاتينية القانون الفرنسى والقانون الايطالى والنظم الجرمانية القانون الالماني والقانون السويسرى والنظم الانجلوسكسونية القانون الانجليزى والقانون الأمريكى غير مغفلين في نفس الوقت الشريعة الاسلامية وان نظرنا الى آثار فقهاء كوحدة تمثل نظاما قانونيا واحدا دون اقتصار على آراء مذهب معين دون سائر المذاهب الفقهية •

ولا نزعم أننا استوعبنا دقائق كل نظام من تلك النظم القانونية أو أننا أحطنا بكل ما جاء به فقه كل قانون من تلك القوانين ولكننا على أية حال قد أخذنا من كل منها ما يمثل الاتجاه العام للنظام القانونى أو لفقهه في خصوص النقطة التي هي محل البحث وذلك بالقدر الذى يسمو عن التقصير المخل وان جاء دون الإحاطة الشاملة في بعض الأحيان - وتصدق هذه الملاحظة أكثر ما تصدق على النظام الجرمانى والنظام الانجلو سكسونى ثم الى حد ما على القانون الايطالى •

ويبرز لجوءنا الى استيضاح أحكام تلك القوانين المتعددة دون الاقتصار على المقارنة بين قانونتنا وبين قانون أجنبى معين أن أحكام اتقانون المصرى (والقوانين العربية الأخرى المستمدة منه) في مواد النياية مستمدة من أكثر من قانون أجنبى واحد ، فالمشروع المصرى قد استهدى القانون الالماني والقانون السويسرى الى جوار القوانين

اللاتينية كما تصرح بذلك المذكرة الايضاحية (١) لذلك كان من المفيد
الالام بأحكام تلك القوانين المختلفة في كل نقطة ذات بال من نقط
البحث .

١١ - وتحديد الارادة التي ينعقد بها التصرف المقترن بالنيابة
ثم تفسير نتائج النيابة على ضوء تحديد تلك الارادة هو ما تتناوله
دراسة الطبيعة القانونية للنيابة وهو ما جعلناه موضوعا للكتاب الأول
من هذه الدراسة تاركين لأحكام النيابة الكتاب الثاني .

وقبل أن نمضى في تفصيل خطة البحث يهمننا أن نكرر - وهو
تكرار تشفع له الرغبة في وضع الأمور في نصابها قبل أن ندخل في
الموضوع - أنه دراستنا هي عن النيابة في التصرفات القانونية بوجه
عام تندرج تحته - ولا تختلط به - كافة الأوضاع القانونية الخاصة
المنطوية على نيابة والتي تحكمها فضلا عن القواعد العامة للنيابة
قواعدها الخاصة التي يختص بها كل وضع من تلك الأوضاع .

فنحن هنا لا ندرس الوكالة - مثلا - ولا تناول ما بين الوكيل
والموكل من رابطة منشؤها عقد الوكالة وما يرتبه على طرفيه من
التزامات كما أننا لا تناول الوصاية أو القوامة أو سائر النظم الخاصة
بحماية ناقصى الأهلية من حيث قواعدها الخاصة التي لا تنبسط على
غيرها من النظم . وإن أشرنا - كما سنشير - الى الوكالة أو الوصاية
أو غيرها من النظم المنطوية على نيابة فانما نشير اليها وتناولها بوصفها
تطبيقات من تطبيقات النيابة ولا يهمننا منها الا ما يتجلى فيها من القواعد

(١) * ويراعى أن الأحكام التي تضمنها المشروع في شأن النيابة تعتبر مغالا فريدا
لا يمكن استخلاصه من مقارنة الترائع . فقد أتيح أحكام التوفيق بين المذهب اللاتينى
والمذهب الجرماني رغم اقتباس نصوص مختلفة من تقنينات كل من المذهبين : المذكرة
الايضاحية لمشروع القانون المدني ج ٢ ص ٥٠ .

العامة التي تحكم كافة الأوضاع المدرجة تحت النيابة دون القواعد الخاصة التي يتميز بها كل وضع مما سواه .

وهذا المنهج تبرره الرغبة في بناء هيكل نظرية عامة للنيابة في التصرفات القانونية متميزة عن النظم التفصيلية المتعددة التي تدخل في نطاق تلك النظرية العامة دون أن تختلط بها ودون أن تستوعبها . كما يبرر هذا المنهج الرغبة في حصر الموضوع في نطاق معين تتحقق فيه امكانيات الوصول الى نتائج علمية بدلا من تشعب موضوع البحث الى خصوصيات نظم متعددة يكون فيها الباحث كالضارب على غير هدى في أكثر من واد وهيئات لمثله أن يصل الى غاية جديرة بما يستفذه البحث من جهود .

١٢ - هذا وقد قسمنا الكتاب الأول الخاص بطبيعة النيابة الى باين الأول في عناصر الارادة التي ينعقد بها التصرف المبرم بطريق النيابة والثاني في تفسير نتائج النيابة مقدمين بين يدي ذلك عرضا لمختلف النظريات التي تعرضت لذلك التفسير وخاتمين الباب بما وصلنا اليه كنتيجة للبحث .

وسند هذا التقسيم والترتيب أن نسبة الارادة التعاقدية الى شخص النائب أو شخص الأصل يستحسن أن يسبقها تحليل تلك الارادة الى عناصرها - من أهلية وسلامة من الميوب - والنظر على هدى الأحكام الوضعية فيمن يتطلب فيه توفر تلك العناصر كلها أو بعضها بحيث يمكن بعد ذلك أن نقول على أساس سليم بأن تلك الارادة هي لهذا أو لذلك من يتأزعرها في مختلف النظريات .

ويبدو لنا أن النظريات المختلفة التي تنبرى لتفسير طبيعة النيابة انما ظهرت بطريقة مستبقة *a priori* فالراغبون في التمسك

ببداً اقتصار آثار التصرف نادوا بنظرية ارادة الأصل أو بنظرية الافتراض لتى مؤداها نسبة تلك الارادة آخر الأمر الى الأصل ، وغير التمسكين بذلك المبدأ نادوا بنظرية ارادة النائب ثم اختلفوا بعد ذلك فى تبرير الخروج على مبدأ اقتصار آثار التصرف برجوع آثار تصرف النائب الى الأصل دونه •

١٣ - ولنا أن تتساءل هنا عما اذا كان فى النيابة فعلاً خروج على مبدأ اقتصار آثار التصرفات مادامت فكرة تجريد الالتزام عن الأشخاص قد استقرت فى الفقه الحديث •

كما لنا أن تتساءل عن قيمة ذلك المبدأ الذى يعتبر عند الكثيرين أصلاً خالداً من أصول القانون وان كانت تشأته عند الرومان ترجع الى مقتضيات منطقهم القانونى الخاص (١) ذلك المنطق الذى ضربت عنه القوانين الحديثة صفها اذ أقوت نظماً كالنيابة وكالاشتراط لمصلحة الغير وكالمقود الجماعية بتطبيقاتها العديدة التى تزداد أهمية وانتشاراً مع تطور المجتمعات الحديثة •

ومهما يكن من الأمر فان هذا المبدأ قد اكتسب عند عامة الفقهاء حجية ان لم يستمدّها من قيمته الجوهرية فقد استمدّها مما تمتشعره النفوس من قداسة القديم (٢) •

(١) لم يسلم مبدأ اقتصار آثار التصرف من حلات فقهية من أعلنها ملال الاستناد سافاتييه فى المجلد ربع السنوية ١٩٣٤ ص ٥٢٥ وما بعدها •

Savatie : Le prétendu principe de l'effet relatif du contrat, Rev. Trim. 1934, pp. 525 et s.

وان كان المؤلف قد خلط فى هذا اللقال بين نفاذ آثار التصرف بوجهه ضرورياً وبين الاحتجاج به بوجهه وإلزامه • انظر كذلك ايزنمان Eisenmann فى مجموعة أعمال حمبة هنرى كاييتان ج ٤ ص ١٤٥ •

(٢) « Nous jugeons raisonnables les règles que nous avons l'habitude de suivre... dont un long respect a fait un principe ».

Ripert : Les forces créatrices du droit, Paris, 1955, p. 335.

ومن هنا كان اتجاه بعض الفقهاء الى التسليم بمبدأ اقتصار آثار التصرف وعدم مناقشة أساسه مع اعتبار النيابة استثناء من ذلك المبدأ لتعليه الضرورات العملية (١) .

ونحن قد فضلنا أن ندرس مسألة طبيعة النيابة دراسة مبتدأة غير متحيزة بادئين بتحليل الارادة التي يبنى عليها التصرف الحاصل بطريق النيابة الى عناصرها ثم بنسبة تلك العناصر الى النائب أو الى الأصل على ضوء أحكام القانون الوضعي لكي نخرج من ذلك بتحديد سليم للارادة التي ينعقد بها أي ارادة النائب أم ارادة الأصل .

واذ فتى في الباب الأول من الكتاب الأول من دراسة الارادة التعاقدية في النيابة نتقل من التحليل الى التركيب فتناول في الساب الثاني من ذلك الكتاب طبيعة النيابة عارضين النظريات المختلفة التي

(١) انظر مثلا فايل : « مبدأ اقتصار آثار التصرفات في القانون الخاص الفرنسي »

ص ٩٦ :

« ان المجموعة المدنية اذ اقرت النيابة الكاملة قد خرجت مبدأ اقتصار آثار التصرف بسبب الضرورات القهرية التي لا محل للغرض فيها والمساس بالمادة ١١٦٥ واقعة ينبغي تسجيلها بغير جدل . وهكذا نرى هنري كابيتان يقول انه لتفسير النيابة ينبغي الاعتراف آخر الامر بأن التصرف القانوني يصح أن يصيب بالآثار فسخا غير الذي أجراه (هـ ٩ كابيتان : المدخل الى دراسة القانون ص ٣٦٥) وبعيد عن الزعم بعدم جدوى الدراسات العميقة التي قام بها مؤلفون اعلام لتحديد الطبيعة القانونية للنيابة غير انه مهما يكن من أمر النظرية التي نختارها فان مبدأ اقتصار آثار العقد على شخص المتعاقد قد من مساسا من المبدأ الكاره » .

Le Code en accueillant la représentation parfaite bat manifestement en brèche la relativité des conventions, en raison de nécessités impérieuses sur lesquelles il est inutile d'insister; l'atteint à l'art 1165 est un fait qu'il faut purement et simplement enregistrer. Henri Capitant enseigne ainsi que pour expliquer la représentation, il faudra reconnaître enfin qu'un acte juridique peut produire ses effets sur la tête d'une personne autre que celui qui l'accomplit. (H. Capitant : Introduction à l'étude du droit, p. 365). Loin de nous d'idée de taxer d'inutiles les savantes études que d'éminents auteurs ont consacrées à la détermination de la nature juridique de la représentation. Mais que lue soit le système adopté, la personnalité des effets du contrat subit une atteinte qu'il serait vain de contester.

Weill : La relativité des conventions en droit privé français, p. 96.

يبحث في الفقه لتفسير طبيعة النيابة خاتمين ذلك الباب بفصل تتناول فيه نتيجة بحثنا على ضوء ما قلّمناه في الباب الأول .

أما الكتاب الثاني الذي أفرّدناه لأحكام النيابة فقد تضمن أربعة أبواب الأول يتناول نشأة النيابة ومداهما في فصول ثلاثة عن الانابة ومدى النيابة والانابة الظاهرة وعرضنا في أول هذه الفصول فكرة الانابة كتصرف متميز عن الرابطة القانونية التي تصل النائب بالأصيل من وكالة أو غيرها وفصلنا أحكام الانابة من حيث نشأتها وتناولنا في الفصل الثاني تحديد مدى النيابة وبيان نطاق صفة النائب في إبرام تصرفات يعود أثرها مباشرة على الأصيل وتعرضنا في الفصل الثالث لنظرية الانابة الظاهرة التي كان للقضاء فضل في إرساء قواعدها والتي انعكست كذلك على بعض النصوص التشريعية كأثر من آثار تفاعل القواعد القانونية مع الحاجة العملية المتمثلة في ضرورة استقرار المعاملات .

وفي الباب الثاني من الكتاب الثاني درسنا في فصول ثلاثة أثر النيابة بالنسبة للأشخاص الثلاثة الذين تنظمهم ظاهرة النيابة وهم الأصيل والنائب والغير الذي يتعامل معه النائب ، ثم خصصنا الباب الثالث من الكتاب الثاني لانتفاء النيابة ، وختمنا ذلك الكتاب بباب رابع تناولنا فيه تنازع القوانين في العلاقات ذات العنصر الأجنبي التي تنشأ بطريق النيابة .

الكتاب الأول

طبعة النيابة

الباب الأول

في عناصر الارادة في النيابة

١٤ - تصادفنا ظاهرة النيابة في أكثر من موضع في نطاق القانون ، ولكنها على تعدد تطبيقاتها وتباين مظاهرها تتمثل في أمر واحد هو أن عقدا أو تصرفا قانونيا معيناً تمود آثاره على شخص غير الشخص الذي كان ظاهرا في اجراء العقد أو التصرف القانوني . وهذا هو جوهر الأمر في كل حالة من حالات النيابة المتعددة في القانون وهذا هو ما لفت الأنظار الى ظاهرة النيابة منذ كانت ، فانه لا شك في أن رجوع آثار العقد على شخص غير الذي تولاه خروجاً ظاهرياً على طبيعة الأشياء ومجافة - أول وهلة - للأصول القانونية مما دفع بالبعض الى القول بأن مبدأ النيابة هو « فظاعة منطقية » (١) ودعا من قبل ذلك فقهاء الرومان الى عدم تقرير مبدأ النيابة والتحايل على بلوغ الأغراض العملية التي يهدف اليها بطرق أخرى لا تخرق منطق القواعد القانونية التي مؤداها أن آثار العقود والتصرفات القانونية لاصقة بالشخص فلا تتمدى القائم بالعقد أو التصرف الى سواء .

(١) « monstruosité logique » والتعبير للنقيه الألماني Puchta اشار اليه ايرنج

في « روح القانون الروماني » ج ٤ ص ١٠٠ ترجمة فولير الفرنسية .

والبحث في الطبيعة القانونية للنياية إنما يرمى الى تبرير هذا الخروج الظاهر على مقتضى المنطق القانوني وشرح كيفية عمل النياية للوصول الى هذه النتيجة التي تنتهي اليها وتفسير رجوع آثار العقد أو التصرف الى الأصيل بينما هو لم يتول اجراءه وانما كان النائب وحده هو الظاهر في اجرائه . والفقهاء اذ يحاولون ذلك إنما يسعون سـ تحديد الارادة التي يعتقد بها العقد أو التصرف الذي يتم بطريق النياية : أهى ارادة النائب ؟ أم ارادة الأصيل ؟ أم أن كلا من هاتين الارادتين تسهم بتصيب في العقد أو التصرف ؟ وطبيعى أن يتجه البحث هذه الوجهة فما دامت العقود وسائر التصرفات القانونية قائمة على الارادة فيتعين اذن البحث في الارادة التي تقوم عليها العقود والتصرفات القانونية الحاصلة بطريق النياية لمعرفة ارادة من هى ، وبناء هيكل النياية الفنى على أساس النتيجة التي نصل اليها من هذا البحث .

١٥ - ونحن لن نستبق الحوادث فنقرر مع البعض (١) ابتداء أن النياية هى في جوهرها « حلول ارادة النائب محل ارادة الأصيل لحولا تاما وحقيقيا في اجراء التصرف القانوني » كما أننا لن نذهب مذهبا آخر غير هذا قبل أن ننظر في هذه الارادة التي يعتقد بها العقد أو التصرف القانوني الذى يتم بطريق النياية فنفحصها جيدا ونحللها الى عناصرها لنصل في آخر المطاف الى نسبة هذه الارادة الى واحد من الشخصين اللذين يتنازعانها في مختلف المذاهب ، أعنى النائب والأصيل ، ونصل بذلك الى معرفة طبيعة النياية والى تفهم كيفية عمل هذا النظام وتفسير نتيجته التي بدت وتبدو لأول وهلة خارجة عن نطاق الأشياء .

والارادة نشاط نفسى أو حالة نفسية يعبر عنها صاحبها فتتج

(١) بيلون وتتابيه الغالبية العظمى من الفقهاء المعاصرين .

عنها آثار قانونية ولم تجر عادة الفقهاء على الاهتمام بأمر الإرادة في ذاتها باعتبارها ظاهرة نفسية لأنها من هذه الوجهة لا تخلو من إبهام وتعقيد ولذا قل منهم من درسها بتفصيل وحللها إلى عناصرها ولعل ذلك من تأثير تلك الفكرة التي سادت زمنا في الفقه ومؤداها أن القانون لا يسوغ له أن يخترق حجب الضمير وأن يحكم النوايا التي تخرج بها سرائر الأفراد ليتعرف كيف ولماذا يريد الشخص هذا الأمر أو ذاك (١) . ومع ذلك فإن دراسة الإرادة وتحليلها لا يخلوان من فائدة بل قد يتطلبهما التطبيق الصحيح لبعض أحكام القانون كما في عيوب الإرادة وكما في السبب على النظرية الحديثة التي تهتم أيا اهتمام بالبواعت والدوافع التي تتبع عنها الإرادة التعاقدية . هذا ونحن أحوج إلى النظر في الإرادة عند بحث النيابة في التصرفات القانونية مادام أن التصرف القانوني قائم على الإرادة على ما سبق التنويه به .

ولهذا كله يتعين الاهتمام ببحث الإرادة ودراسة عناصرها بالاستعانة بما تقرر في علم النفس بهذا الشأن ، مع ملاحظة أن بحثنا ليس في الإرادة كظاهرة نفسية مجردة - فهذا أمر محله على النفس - وإنما نحن نبحث في الإرادة التي هي قوام التصرفات القانونية أي المتجهة إلى أحداث آثار قانونية ، ولذا ينحصر بحثنا للإرادة وتحليلنا لها على هذا الجانب وبمقدار ما يتصل بالقانون وتنبني عليه أحكام قانونية .

١٦ - الإرادة لكونها قصدا وتصميما تسبقها في النفس عملية عقلية محلها تصور مضمون الإرادة وتحديد موضوعها ، فالمعتقد في عقد البيع مثلا يستحضر في ذهنه - قبل أن تصدر عنه الإرادة التعاقدية - البيع بعناصره المختلفة ويتصور البديلين ما يقدمه وما يأخذه

(١) أنظر بلاسد وروبير وبولانجيه ج ٢ بند ١٧١ أيضا بهجت بدوي بند ٤٦ .

كما يتمثل النتائج العملية التي تترتب على المقعد والالتزامات التي يرتبها عليه وعلى الطرف الآخر . هذه العملية الذهنية هي ما يسميه علماء النفس بالتصور (١) ويعتبرونه أولى مراحل العمل الارادى وهي عندهم أربعة مراحل تتعاقب في نفس من تصدر عنه الارادة . فأولها هي مرحلة التصور التي سلفت الاشارة اليها والتي تقع قبل أن تولد الارادة بمعناها الصحيح وفي هذه المرحلة يتمثل في النفس شيء أو أشياء متعددة يصح أن تكون موضوعا للارادة كما يستحضر المرء الآثار التي يمكن أن تترتب على هذا الشيء أو ذلك ان اتجهت اليه ارادته ، ففى مثالنا يكون المتعاقد بين أن يشتري وبين ألا يشتري مثلا وبين أن يشتري هذا الشيء أو ذلك وهذه الشروط أو تلك الخ .

والمرحلة الثانية للعمل الارادى هي مرحلة التدبير (٢) حيث يوازن المرء بين مختلف الأمور التي يصح أن تنصرف اليها ارادته ويتدبر نتائجها المختلفة ثم يختار من بينها واحدا يكون هو موضوع الارادة (٣) . هذا ويلاحظ أنه في كثير من الأعمال الارادية لا تظهر هذه المرحلة بل تندمج فيما بعدها اذ لا يحضر في ذهن المرء الا فكرة واحدة أو موضوع واحد للارادة فلا يكون هناك محل للتدبير والاختيار بل يلى التصور مباشرة التصميم ثم التنفيذ .

والتصميم (٤) هو المرحلة الثالثة في العمل الارادى متى انتهى المرء الى اختيار موضوع ارادته والتصميم أو الاشغال الارادى (٥)

Conception. (١)

Délibération. (٢)

(٣) وقد قيل ان الارادة هي الاختيار لأجل « Vouloir c'est choisir pour agir » والتصميم للنفساني ريبو Ribot أشار اليه دوجي ج. ١ ص. ٢١٢ . قارن تعريف ابن رشد للارادة بأنها « قوة فيها إمكان فعل أحد المتقابلين على السواء » فهاتئ التهاقت من ٩ .

Décision. (٤)

Volition (٥)

هو في الواقع جوهر الارادة وهو ما يسمح على العمل الارادي صفته ؛
وبه تولد في النفس الارادة بمعناها الحقيقي .

ومتى وصل العمل الارادي الى هذه المرحلة لم يبق الا أن يوضع
موضع التنفيذ . والتنفيذ (١) هو آخر مراحل كل عمل ارادي حيث
ينقل المرء تصميمه الداخلي الى العالم الخارجي ، فيفصح المتعاقد في
مثالنا عن ارادة معينة تترتب عليها الآثار القانونية التي قصد اليها
صاحب الارادة .

على ضوء ما تقدم لنا من النظر في الارادة وتمييز مراحلها في
النفس نستطيع أن نقول مع العلامة النفساني برادين (٢) ان الارادة
تبدو دائما كمظهر من السلوك يتميز أولا باستهداف أغراض معينة
يطلب الشخص الوصول اليها وتميز ثانيا باصطناع وسائل معينة من
شأنها تحقيق تلك الأغراض وعلى هذا تكون الارادة دائما مزيجا من
استهداف غرض واصطناع وسيلة وهي بهذا الوصف وليدة الفكر
مرتين : - مرة أولى اذ يتحدد الهدف المقصود ومرة ثانية اذ تصطنع
وسيلة تحقيقه .

ومن هنا كان العمل الارادي وثيق الصلة بالذكاء العقلي ومتوقف
الوجود على تمقل الأسباب والمسيبات (٣) وقد عرف بعض علماء

Exécution (١)

(٢) موريس برادين - موسوعة علم النفس العام - ج ٢ ص ٣٤٦ (باريس سنة
١٩٤٨) .

Pradines, Maurice : Traité de psychologie générale, tome II (Paris 1948), p.
346.

« La volonté se révèle, en effet, toujours et partout à nous comme un type
« de conduite qui, d'une part, poursuit des desseins opératoires et déterminés, et
« d'autre part, y adopte des moyens connus, disponibles et efficaces. La vo-
« lonté est toujours indissolublement finalité et mécanique, finalité par les des-
« seins, mécanique par les moyens. Elle est toujours deux fois raison : raison
« d'agir et rationalité du mouvement d'agir ».

(٣) برادين - المرجع السابق ص ٣٤٦ .

النفس الارادة بأنها « المجهود العقلى الدافع الى الفعل » أو بأنها « الملكة التى بها يتصور الانسان أمرا يختار بين أن يقوم به وأن لا يقوم به » (١) •

والارادة بهذا المفهوم تنطوى بالضرورة على حكم قيمى لكونها اختيار الأفضل بين البدائل المتاحة بل ان للارادة مضمونا أخلاقيا حتى ليصح أن يقال ان الفعل الأخلاقى هو الفعل الارادى بالمعنى الأكمل (٢) ولا يصح أن يسمى فعلا اراديا ذلك الفعل الذى ينساق فيه الانسان وراء نوازعه العفوية فالارادة هى تحكيم العقل فى الهوى وتغليب الميول العليا على الميول الدنيا (٣) •

وبتطبيق هذه المعايير على الارادة فى المجال القانونى يمكننا أن نصل الى تحديد عناصر الارادة التى تقوم عليها التصرفات القانونية ، فالتصرف القانونى لا يقوم صحيحا على كل ارادة يظهرها صاحبها فى العالم الخارجى بالتميز عنها فى الشكل الذى يقرره القانون وانما يستلزم القانون أن تتوفر فى تلك الارادة عناصر معينة مرجعها جميعا الى أن الارادة ظاهرة نفسية يقترن بها ويصحبها حتما نشاط ذهنى معين على الوجه الذى سلف شرحه واذن فيشترط القانون فى الارادة التى يقوم عليها التصرف القانونى أن تكون صادرة من شخص متمتع بنصيب معين من القوى الذهنية يوفره له سنه أولا ثم سلامته من الااقات العقلية ثانيا كما يشترط القانون ألا تعرض لصاحب هذه الارادة ظروف تحد من حريته أو تنال من تبصره وادراكه ، وبعبارة

-
- (١) انظر الموسوعة الابجدية المنوبة « علم النفس الحديث من الالف الى الياء » باريس ١٩٦٧ صحت لفظة ارادة ص ٥٤١ •
(٢) برول فولكليه : « الارادة » باريس ١٩٥١ ص ٣٣ - ٣٤ •
(٣) برادين المرجع السابق ص ٣٩٠ •
(٤) فولكليه المرجع السابق ص ٢٥ و ٤٣ •

أخرى يشترط أن يتوفر في الإرادة عنصران : الأهلية والسلامة من العيوب (الإكراه والغلط والتدليس) (١) . هذا ، إن الإرادة وإن توافر لها هذان العنصران قد يحيط بها من الظروف ، بما يؤثر في قيمتها القانونية أو في الآثار التي تبني عليها وهذه الظروف يصح أن نقول عنها أنها تتعلق بالمضمون الأخلاقي للإرادة من ذلك مثلا سوء النية وحسن النية والعلم أو عدم العلم بظروف معينة الخ .

ونحن قبل أن ندلي بقول في طبيعة النيابة أو نحاول شرح عمل هذا النظام وتفسير نتائجه سنعرض للإرادة التي يقوم عليها المقصد أو التصرف الحاصل بطريق النيابة فننظر في عناصرها وتلمس على ضوء الأحكام الوضعية ما إذا كانت مطلوبة لدى الأصل أو لدى النائب فنخرج من ذلك إلى نسبة تلك الإرادة إلى هذا أو ذاك ومن ثم نصل إلى رأى معين في طبيعة النيابة يكون مبنيا على أساس قويم .

واذن فستكلم في فصل أول عن الأهلية عند الأصل وعند النائب ثم في فصل ثال على عيوب الإرادة عند الأصل وعند النائب ثم في فصل ثالث على الظروف الخاصة المحيطة بالإرادة والمؤثرة في التصرف القانوني الحاصل بطريق النيابة .

(١) تضمنت المادة ١٢٨ من القانون المدني القديم هذين الشرطين ونصها : « من عقد مشاركة تعهد فيها بشيء ولم يكن ذا أهلية للمقد أو لم تكن مبنية على رضى صحيح منه فلا يكون ملزما بوفاء مما تعهد به في تلك المشاركة » وشرطا الإرادة موزعا في القانون الحالي بين المواد ٤٤ - وما بعدها و ١٢٠ وما بعدها .

الفصل الاول

في الأهلية

١٧ - تنص المادة ٤٤ من القانون المدني المصرى على أن كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية . فالأهلية اذن هى فى جوهرها مسألة سن وعقل وتقدير ، ذلك أن الشارع رأى أن الأفراد لا تتوافر لهم الصلاحية للمعاملات الا متى بلغوا سناً معينة تكفل لهم من التصوج ما يمكنهم من رعاية مصالحهم ، وكانوا الى هذا سالمين من الآفات العقلية التى تفقددهم التمييز ، ولم يعرفوا - الى هذا وذاك - بغفلة أو بسفه يكونون معها سيئو التدبير غير جديرين بالقيام على شئون أنفسهم ورعاية مصالحهم حق رعايتها .

والشارع اذ يمنع بعض الأفراد من القيام بالتصرفات القانونية - كلها أو بعضها حسب الأحوال - ينبعث غالباً عن الرغبة فى حماية هؤلاء الأفراد من عديبى الأهلية أو ناقصيها اذ أنهم لما يقوم بهم من الظروف لا يستطيعون كما قدمنا أن يدبروا أمورهم ويحموا مصالحهم فلو ترك لهم الشارع باب المعاملات مفتوحاً لكأت احاطة الضرر بهم مؤكدة ولكأن ضياع مصالحهم نتيجة حتمية لتصرفاتهم المفتقرة الى

التمييز وحسن التدبير (١) •

١٨ - والأشخاص كاملو الأهلية لهم أن يقوموا بالتصرفات القانونية كافة ، أما من عداهم فليس لأهليتهم بطبيعة الحال هذا الشمول وإنما تقتصر على بعض التصرفات القانونية في حالة ناقصي الأهلية الذين يبين القانون التصرفات التي يمكن أن يقوموا بها من تلك التي تمتنع عليهم ، أما عديمو الأهلية فهؤلاء ليست لهم صلاحية القيام بأي تصرف قانوني - وهذا كله على ما هو مفصل في مظانه من أحكام الأهلية (٢) •

وعديمو الأهلية وناقصوها يقرر لهم القانون أشخاصا يعينون لرعاية مصالحهم والقيام نيابة عنهم بالتصرفات القانونية التي تتطلبها تلك المصالح ، وهؤلاء هم النواب القانونيون من أولياء وأوصياء وقوام وهم بطبيعة الحال دائما كاملو الأهلية إذ لا يتصور أن يعهد القانون برعاية مصالح ناقصي الأهلية الى من هو ناقص الأهلية والا اتفقت الحكمة من اقامة النواب القانونيين •

على أننا إذ نتفحص الأهلية كعنصر من عناصر الارادة التي تقوم عليها التصرفات القانونية الحاصلة بطريق النيابة ، لا تتعرض لحالات النيابة القانونية • ففي جميع هذه الحالات تكون أمام أصيل ناقص الأهلية أو عديمها ، ونائب كامل الأهلية • والحق أن مسألة الأهلية في اتصالها بالتصرف القانوني لا تعرض في هذه الحالات مطلقا لأن النائب

(١) الرغبة في حماية عديمي الأهلية وناقصيها هي الدافع في الغالبية العظمى وفي حالات نقص الأهلية أو انعدامها كما في حالة القصر والمحجور عليهم ، وإن كان ذلك لا ينفي أن القانون يقرر أحيانا حالات لنقص الأهلية بموافق أخرى كما في حالة المرأة المتزوجة في بعض الشرائع الأجنبية وكما في حالة المادة ٢٥قرة رابعة من قانون العقوبات التي تقرر عدم أهلية المحكوم عليه بمقتوبة جنابة طوال مدة العقوبة لإدارة أماله ، وكما في حالة رعايا الأعداء الذين يوضعون تحت الحراسة في أوقات الحروب •

(٢) أنظر المستهيري في نظرية العقد بند ٣٢٠ وما بعده وحلمى بهجت بهجت بند ٨٣ وما بعده •

القانوني اذ يتصرف لا يتصرف بطبيعة الحال بأهلية الأصل: اذ أنها معدومة أو ناقصة كما أنه لا يتصرف أيضا بأهليته هو لأنه وإن كان كامل الأهلية الا أنه في تصرفه لحساب الأصل مقيد بقيود وشروط وخاضع لأحكام واجراءات لا يخضع لأي منها اذ يتصرف لنفسه واذن فالأهلية في صلتها بالتصرف القانوني وباعتبارها عنصرا في الإرادة لا يبدو لها دور ما في حالات النياية القانونية وانما هي حالات ينظمها القانون تنظيما دقيقا جامعا مانما غايته حماية مصالح عديمي الأهلية وناقصيها .

١٩ - وبالعكس ففي حالات النياية الاتفاقية تظهر أهمية الأهلية كعنصر في الإرادة التعاقدية وفي هذه الحالات يكون بحثنا عن هذا العنصر لدى النائب ولدى الأصل مجديا ومؤديا الى نتيجة ذات أهمية من حيث امكان نسبة الارادة المنشئة للعقد أو التصرف الحاصل بطريق النياية اما الى الأصل واما الى النائب .

ولقد حوى القانون المدني الفرنسي نصا في هذا الخصوص هو نص المادة ١٩٩٠ التي تقرر أن « القاصر غير المأذون يمكن اختياره وكلاء ، غير أن الموكل لا تسمع دعواه ضد الوكيل القاصر الا بمرعاة القواعد العامة المتعلقة بالتزامات القصر » . والعبارة الأخيرة من هذه المادة تخص العلاقة الداخلية بين الموكل والوكيل وانما يهنا هنا صدر المادة الذي يجيز لناقص الأهلية أن يكون قائما اتفاقيا شأنه شأن الشخص كامل الأهلية . وقد كانت هذه المادة من التقنين المدني الفرنسي قبل تعديلها بالقانون رقم ٥٧٠ لسنة ١٩٦٥ (الذي اسبغ على المرأة المتزوجة الأهلية الكاملة ورفع عن أهليتها القيود التقليدية) تنص على أن « النساء والقصر المأذونين يمكن اختيارهم وكلاء ، الا أن الموكل لا تسمع دعواه ضد الوكيل القاصر الا بمرعاة القواعد الخاصة بالتزامات القصر ولا ضد المرأة المتزوجة التي قبلت الوكالة بلا ترخيص

من زوجها إلا بمراعاة القواعد المقررة في باب عقد الزواج وحقوق الزوجين المتقابلة » .

وفي ظل هذا النص كان الفقه والقضاء في فرنسا مجمعين على أن تلك المادة وإن خصت بالذكر المرأة المتزوجة والقاصر المأذون إلا أن حكمها يشمل جميع ناقصي الأهلية إذ لا موجب للتمييز بين الطائفتين المذكورتين في نص المادة ١٩٩٠ القديم وبين غيرهم من ناقصي الأهلية فحكمته النص كما كانت تنطبق على هاتين الطائفتين من ناقصي الأهلية كانت تنطبق أيضا على القصر وعلى المحجورين ولهذا كان الفقه والقضاء الفرنسيان يريان أن صياغة المادة ١٩٩٠ القديمة لم تكن على سبيل الحصر ولم يقصد المشرع فيها إلى تعداد الأشخاص الذين يجوز أن يكونوا وكلاء وأن حكمها يشمل لذلك كل ناقصي الأهلية (١) .

وقد جاء النص على هذه القاعدة ضمن القواعد العامة للنيابة في أحدث التشريعات اللاتينية وهو القانون المدني الإيطالي الصادر سنة ١٩٤٣ في المادة ١٣٨٩ منه ونصها « في حالة ما إذا كانت النيابة صادرة من صاحب الشأن يكفي لصحة العقد الذي يقوم به النائب أن يكون هذا الأخير متمتعا بأهلية القصد والارادة وبخصوص طبيعة

(١) أنظر أوبري ردو ج ٤ ص ٦٣٩ حاشية ١٠ ولوردان ج ٢٧ بند ٣٩٧ وتروлон في الوكالة بند ٣٣٢ وبريسكو - دامسيانو ص ٢٤٠ - دواست ص ٤٨ وبلايول وريبير وبولانجيه بند ٣٠٣٦ وأيضا ١٠٣ وأنظر نفس مدني . ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مسيريه ٢٣/١/١٩٣٥ ونفس مدني ٤ يناير سنة ١٩٣٤ دالوز الأسبوعي ٩٧/٣٤ ومسيريه ١٣٧/١/١٩٣٦ مع تعليق لفيالتون Vialleton . وقد صدر الحكم الأخير في قضية تخلص وقائتها في أن محجورا يغفل بعيدا عن التيم عليه استخدم يستاليا وبمناسبة مطالبة البستاني بتعويض عن حادث أصابه أثناء العمل بحثت المحكمة فيما إذا كان هناك عقد عمل يربطه بالتيم وقد أجابت المحكمة على هذا السؤال بالإيجاب وبمثل صاحب التعليق هذا الحكم على أساس فكرة وجود وكالة ضمنية من التيم للمحجور عليه في الأعمال التي تقتضيها حياته اليومية ومبنيته بعيدا عن التيم وإن تكيون المحجور عليه قد ناب في التعاقد مع البستاني عن التيم عليه وعلى ذلك يكون العقد صحيحا على أساس هذه النيابة رغم عدم أهلية المحجور عليه ككل هذا العمل .

ومضمون انعقد المذكور تشترط في الأصيل الأهلية القانونية » (١) .

٢٠ - وقد نص القانون المدني الألماني على نفس القاعدة التي قررتها المادة ١٩٩٠ من القانون الفرنسي والمادة ١٣٨٩ من القانون الإيطالي إذ نصت المادة ١٦٥ منه على أن « إعلان الإرادة الصادر من النائب أو إليه لا يتأثر بكونه مقيد الأهلية في استعمال حقوقه » ويقول الأستاذ سالي Saleilles تعليقا على هذه المادة أنه من المفهوم أن يريد القانون حماية القصر فيما يختص بالتصرفات القانونية التي يجرونها لحساب أنفسهم ولكن أى داع لأن يصح القانون الأشخاص كاملي الأهلية الذين يرتضون أن يوكلوا شئونهم الى قصر ؟ لا يكون ذلك الا اذا كانت ارادة ناقصي الأهلية ارادة لا يمتد بها القانون وتعتبر كأنها غير موجودة وهو خلاف الواقع إذ أن تقييد أهلية هؤلاء الأشخاص لا يرجع الى قصور حقيقي في ارادتهم وانما الى رغبة القانون في حماية مصالحهم (٢)

ويتضمن القانون السويسرى القاعدة نفسها في أهلية النائب ويمثلها الفقه هناك بمثل التعليل المتقدم (٣) .

٢١ - وفي القانون الانجليزى والقانون الأمريكى نجد أن الحكم في أهلية النائب هو بعينه ما تقدم ، فعندهم « لا تشترط في

(١) نصت على القاعدة نفسها المادة ٥ من المشروع التمهيدى الأول فى شأن النيابة الذى صدر فى سنة ١٩٥٥ من المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص ونصها :
« الشخص الذى تصدر منه الاتابة يجب أن تتوفر فيه الأهلية القانونية لإبرام التصرف المناب فيه » ولكن يكتفى لى ينتج التصرف اثره فى الأصل والنزير يجب أن يكون النائب متصفا بأهلية التمييز وأن لم تتوفر فيه الأهلية اللازمة لإبرام ذلك التصرف باسمه شخصيا .
على أن المشروع التمهيدى المعدل الصادر سنة ١٩٧١ خلا من مثل هذا النص . ويرجع ذلك غالبا الى أن هذا المشروع المعدل يتناول تنظيم النيابة فى عقود البيع الدول للسلع وهو مجال لا يعمل فيه الا محترفو هذا النوع من النشاط التجارى وليس من التصور فيه انابة ناقص الأهلية .

(٢) انظر الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون المدنى الألمانى ص ٢٠٧

(٣) فون تورنر ص ٣٦٤ حاشية ٢٩ .

النائب الأهلية التي تشترط في الأصل فليس من الضروري مطلقاً أن يكون النائب كامل الأهلية بل أن كل شخص ، فيما عدا المجنون وضعيف العقل والقاصر غير المميز ، يستطيع أن يكون نائباً عن الغير ولو أنه ليس أهلاً للتصرف لحساب نفسه « (١)

٢٢ - وهذا الحكم مقرر في مصر وإن خلا من النص عليه قانوننا المدني القديم والجديد فهو مبدأ مقرر لا يقتصر إلى نص تشرعي (٢) كما أن هذا الحكم مأخوذ به في الشريعة الإسلامية حيث يشترط في الوكيل أن يكون ممن يعقل العقد ويقصده أي أن يكون من « أهل العبارة » ويكتفى بهذا فلا يشترط إذن أن يكون كامل الأهلية وعلى هذا فيجوز في الشريعة الفراء توكيل القاصر والرقيق

(١)

« agents are not required to possess the same qualifications as are principals. It is by no means necessary for a person to be sui juris or capable of acting in his or her own right, in order to qualify himself or herself to act for others; and it is generally held that anyone, except a lunatic, imbecile or infant of tender years, may be capable of acting as agent for another, although he is not capable of acting for himself ».

Bowstead, A Digest of the Law of Agency, p. 8.

وانظر في نفس المعنى في القانون الأمريكي
Restatement of the Law of Agency, Washington, 1933, Vol. I, pp. 63-64;
Mechem, Sect. 19; Coppola, Sect. II.

وانظر بوبسكو وامنيانو ص ٥٥٠ المراجع المذكورة به وكذلك انظر
Ferson, Sect. 293.

حيث يشير المؤلف إلى حكم قديم صدر في سنة ١٨٢٢ قبل إلغاء الرق في الولايات المتحدة قاضياً بأن عقد الرقيق يصفه نائباً من سيده صحيح بالرغم من عدم تمتعه بأهلية التصاد لنفسه وانظر كذلك Stolljar, p. 232, note 46, p. 285.

(٢) أظن استئناف مصر ٧ مايو سنة ١٩٣٥ - للحامدة ١٦/١٢٢/٢٩٢ : « أنه وإن كان من اللازم أن يكون الموكل راشداً إلا أنه لا يشترط الرشد في الوكيل إذ من له لفة في كفاية قاصر ماهر يمكن أن يختاره وكيلاً عنه تحت مسئوليته وليس إن يتعامل مع هذا الوكيل أن يهتم بالتحري عما إذا كان بالغاً من الرشد أو غير بالغ لأن معاملته من الوجهة القانونية هي مع الموكل لأمع الوكيل الذي لا يخرج عن كونه لسان الموكل » ويلاحظ مافى هذه العبارة الأخيرة من ميل نحو النظرية التي تقسب الإرادة التعاقدية إلى الأصل . نفس للبدأ استئناف مصر ٨ يونيو سنة ١٩١٥ للمجموعة الرسمية ١٦/٩٠/١٢٨

والمترد وغيرهم من ناقصي الأهلية الذين لهم عبارة معتبرة شرعا (١) .
وغنى عن الذكر كما يفهم مما تقدم أن ناقصي الأهلية الذي تجوز
إقامته نائباً اتفاقياً يجب أن يكون متمتعاً على الأقل بالتمييز وهو
ما برره علماء الشريعة بقولهم « لأنه يقوم مقام الموكل فيه العبارة
وأهلية العبارة لا تكون الا بالمعقل والتمييز .. حتى لو كان
الوكيل صيياً لا يعقل أو مجنوناً كان التوكيل باطلاً إذ ليس لهما
أهلية العبارة فلا يتعلق بقولهما حكم » (٢) .

٢٢ مكرر - ولئن كان القانون المدني المصري قد جاء خلواً من
نص صريح بشأن أهلية النائب الاتفاقي فإن قوانين بعض الدول
العربية الأخرى قد تضمنت مثل ذلك النص فمجلة الالتزامات والعقود
التونسية تنص في الفصل ١١٠٥ منها على أنه « يشترط في صحة
الوكالة أن يكون الموكل أهلاً لأن يجري بنفسه ما وكل عليه ولا
يشترط ذلك في الوكيل بل يكفي فيه أن يكون عاقلاً مميزاً ولولم يكن
أهلاً لاتمام ما وكل عليه بنفسه » . وتنص المادة ٩٣٠ من القانون
المدني العراقي في فقرتها الثانية على أنه « يشترط أن يكون الوكيل
عاقلاً مميزاً ولا يشترط أن يكون بالغاً فيصح أن يكون الصبي المميزاً
كيلاً ولو لم يكن مأذوناً » . كما تنص المادة ٦ من قانون الوكالة

(١) انظر المسبوط ج ١٩ ص ٤٥ و ١٥٨ - ١٥٩ ، وابن عابدين ج ٤ ص ٤١٧ ،
وفتح القدير ج ٦ ص ١١٠ - وفي أحد الأقوال عن الشافعي أنه يشترط في الوكيل
وفر الأهلية للمقدد الموكل فيه ، انظر نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٤ : « وشرط الوكيل ..
صحة مباشرته التصرف الذي وكل فيه لنفسه والا لم يصح تركيله إذ تصرفه لنفسه أقوى
منه لكبره فإذا لم يملك الأقوى لم يملك دونه بالأول ، لا صبي ولا مجنون ولا مفسى عليه
ولا نائم ولا مستوه .. وكذا المرأة والمحرم بحكم اللبس في عقد النكاح إيجاباً وقبولاً لسلب
عبارتها فيه » ويمتلك الرشيدى على هذا القول في حاشيته على النهاية (ص ١٩ من المرجع
الذكر) بقوله : « قوله فإذا لم يملك الأقوى لم يملك دونه الخ . في هذا التعليل
نظر لا يخفى وعبارة غيره : لأنه إذا لم يقدر على التصرف لنفسه فكيفه أولى » وبشيء
مقتصر على في حاشيته : « لكن الصحيح اعتماد قول الصبي » .
(٢) تكملة فتح القدير لغاي زاهد ج ٦ (من الفتح) ص ١٤ .

السودانى على أنه « يجوز تعيين أى شخص مميز وكيلًا لأداء أى عمل » .

٢٣ - ومن استعراض أحكام مختلف الشرائع فى هذه النقطة نستطيع أن نقرر أن القاعدة التى تنظم كافة النظم القانونية التى تعرضنا لها هى عدم اشتراط كمال الأهلية فى النائب بالنسبة للتصرف الذى يجريه بصفته تلك والاكتفاء فيه بتوفر أصل الأهلية بمعنى أن يكون النائب ذا قصد وإرادة صحيحين وإن اتاب أهليته نقص يخرج عن نطاقها ذلك التصرف بعينه فيما لو كان عقده لحساب النائب نفسه . وعلة هذا الحكم فى جميع تلك الشرائع ذات شقين :

١ - ففما يختص بعدم اشتراط كمال الأهلية للتصرف موضوع النيابة نجد العلة هى فى كون آثار ذلك التصرف راجعة بحكم النيابة إلى الأصيل دون النائب وواقعة فى ذمة الأول دون الثانى .

٢ - وفيما يختص باشتراط توفر أصل الأهلية فى النائب نجد أن العلة هى أن النائب إذ يتولى إبرام التصرف عن الأصيل إنما يذل نشاطا إراديا خاصا يقوم عليه كيان التصرف القانونى وأذن فلا معدى عن توفر أهلية القصد والإرادة لديه وإن يكن استعماله لتلك الأهلية فى شئون نفسه مقيدا بوجه من وجوه التقيد .

وإذن فالحكم فى النائب أن يكتفى فيه بأهلية التمييز ولا يشترط فيه كمال الأهلية للقيام بالتصرف محل النيابة ، وحكمة ذلك أنه لا يتصرف لنفسه ولا ترتب له أو عليه حقوق ولا التزامات نتيجة للمقد الذى يرمه نائبا عن موكله (١) .

(١) « La capacité du mandataire est indifférente pour l'exécution du mandat. On peut donc choisir pour mandataire un incapable quelconque, une femme mariée non-autorisée, un mineur non-émancipé, si on a confiance dans son honnêteté et son intelligence. Cela tient à ce que le mandataire ne s'oblige pas par les actes qu'il accomplit au nom de son mandant » .

ولم يشد من التشريعات عن هذه القاعدة في اهليه النائب - التي تسير عليها قوانين دافه البلاد على اختلاف نظمها القانونيه دما راينا - الا القانون التجارى الأسباني في المادة ٢٨٢ منه ومثله بعض قوانين التجارة في بلاد أمريكا اللاتينية (شيلي م ٣٣٨ والأرجنتين م ١٣٢ والمكسيك م ٣١٠) اذ تنص على أنه في المواد التجارية يجب أن يكون الوكيل الحامل لوکالة عامة كامل الأهلية (١) .

أما عن الأصل فإنه لما كان صاحب الشأن في العقد الذى يقوم به وكيله وكانت ذمته هى التى تتحمل بالالتزامات وفيها تقع الحقوق الناشئة عن ذلك العقد ، كان من الطبيعى أن يشترط فيه كمال الأهلية للتصرف موضوع النيابة (٢) ومن هنا جاءت القاعدة المقررة في جميع القوانين والتي مقتضاها أنه لا يجوز للشخص أن يوكل غيره في تصرف لا بملكه بنفسه (٣) .

Planiol, Ripert et Boulanger, No. 3026.

« Quant à la capacité d'exercice du représentant, elle doit être simplement celle d'un individu sain d'esprit. Il est inutile que le représentant ait le plein exercice de sa capacité civile, car l'acte qu'il fait n'engagera pas son patrimoine » Rouast, p. 48.

(١) قارن في الشريعة الإسلامية مذهب الشافعى على القول الذى نقلناه في الحاشية

(٢) بند ٢٢ على أن هذا الخلاف في القانون الأسباني والقوانين الخائرة به يقتصر كما هو واضح على المواد التجارية .

(٣) انظر استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩١٢ البلتان ١٦١/٢٥ :

« أن الذى لا يملك أهلية التصرف بنفسه لا يستطيع كذلك أن يتصرف بواسطة وكيل . وبالتالي يكون باطلا بطلانا أصليا البيع العقارى الصادر من وكيل عن شخص محجور عليه ليست له طبقا لقانونه الشخصى الذى يعتبره في حكم القاصر أهلية التصرف في مقارناته الا بواسطة القيم عليه وبمرامدة أشكال معينة حددها القانون . »

« Celui qui ne possède pas la capacité d'aliéner personnellement ne peut pas davantage aliéner par mandataire. En conséquence est entachée de nullité radicale la vente immobilière consentie par le mandataire d'un interdit légal, lequel étant aux termes de sa loi personnelle assimilé à un mineur au point de vue de sa capacité, ne peut aliéner ses immeubles que par l'intermédiaire de son tuteur et avec l'emploi de certaines formes déterminées ». Appel Mixte, 30 Janvier 1913, B. 25-261.

٢٢١ : انظر المستهوى : نظرية العقد، ج ٢، ص ٢٠٧. وبعثت بدوى ص ٨٠-٨١ وترزون بند ٢٢٩ ولوران بند ٢٩٥ وبلايول وريير وبولانجيه بند ٣٠٢٥ ورواست ص ٥٦ - ٥٧ =

٢٤ - هذا والوقت الذي ينظر فيه الى توافر شروط الأهلية المتقدمة عند النائب ، وهو وقت اجراء العقد محل النيابة (١) . فالنائب يجب أن يظل محتفظا بالتمييز لحين مباشرة العقد الذي أنيب فيه ، أما اذا فرضنا أن طرأ عليه بين صدور الانابة من الأصل وبين اجراء العقد النائب فيه ما أفقده أهلية التمييز فلا تعود له صفة في النيابة عن الأصل ولا يكون العقد الذي يعقده ملزما لذلك الأصل بل لا يكون قائما أصلا لانعدام أهليته بتاتا أى لأنه لم يعد بتعبير الشرعين « من أهل العبارة » . أما الأصل فيجب أن تتوفر فيه الأهلية الكاملة للتصرف محل النيابة وقت اجراء النائب للتصرف المناب وكذلك وقت صدور الانابة فبالنسبة للأصيل ينظر في توافر الأهلية الى هذين الوقتين معا فلو أنه لم يكن أهلا للتصرف المناب فيه وقت صدور الانابة لم تصح انابته وان اكتملت له تلك الأهلية من بعد وكذلك لا تصح الانابة اذا كان الأصل أهلا للتصرف وقت صدورهما وغير أهل له وقت مباشرة النائب اياه (٢) .

« ويلاحظ أن المؤلف الأخير تكلم عن الأهلية واشترط كمالها في الأصل في القسم الخاص بشروط النيابة على وجه العموم بينما هذا الشرط غير مطلوب بطبيعة الحال الا في النيابة الاعطالية ، وفي هذا ما يؤيد ما تقدم لنا من القول بأن الأهلية في صلتها بالنيابة وباعتبارها عنصرا في الإرادة التي يقوم عليها العقد الحاصل بطريق النيابة لا يظهر أثرها الا في النيابة الاعطالية » .

وانظر في أهلية الأصل في الشريعة : ابن عابد بن ج ٤ ص ٤١٧ والبيدائع ج ٦ ص ٢٠ والخفى ج ٥ ص ٢٠٢ وفي أهلية الأصل في القانون الانجليزي : بوسميد ص ٦ و ٩ و ١٠ وستولجار ص ٢٨٥ وفي القانون الأمريكي كوربوس يوديس ص ٢٢٩ وجمعية معهد القانون الأمريكي ج ١ ص ٦٠ - ٦١ .

(١) السنهوري : نظرية العقد بند ٢٠٧ حاشية ١ ورواست ص ٥٦ .

(٢) كنا قد ذعنا في الطبعة الأولى من هذا الكتاب (ص ٣٦) الى الاكتفاء بتعريف الأهلية اللازمة لدى الأصل وقت مباشرة النائب للتصرف ثم وجعنا عن هذا الرأي في الطبعة الثانية (بند ٢٤ ص ٣٩) وقررنا أن الأصح أن يشترط توافرها في وقت صدور الانابة كذلك - قانون السنهوري : الوسيط ج ٧ - المجلد الأول - بند ٢٢٧ ص ٤١٣ والحاشية ٢ .

الفصل الثاني

في عيوب الارادة

٢٥ - تنص المادة ١٠٤ فقرة ١ من القانون المدني المصري على أنه « إذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الارادة » وقد صرحت المذكرة الايضاحية لمشروع القانون بأن هذا النص مأخوذ من المادة ١٦٦ من القانون المدني الألماني التي نصها « في حالة ما اذا كانت الآثار القانونية لاعلان الارادة تتأثر بوجود عيب في الارادة .. فيرجع في تقدير ذلك لا الى شخص الأصل ولا الى شخص النائب .. » (١) .

واذن فبمقتضى المادة ١٠٤ يكون العقد الذي تم بطريق النيابة قابلا للبطلان متى كان النائب واقعا في غلط أو كان ضحية تدليس أو

(١) هذه المادة تقابلها في مشروع الالتزامات الفرنسي - الايطال المادة ٣٦ التي جرى قهرها الثانية نفس الحكم . وتقابلها في القانون المدني الايطال المادة ١٣٦٠ ونصها :

« يكون العقد قابلا للبطلان اذا كانت ارادة النائب معيبة .. »

كما تقابلها في قوانين البلاد العربية المستمدة من القانون المصري المواد الآتية : ١٠٥ - سوري ، ١٠٤ - لیبی ، ٨٩ - سوداني ، ٧٣ جزائري ، ١١١ أردني .

اكراه ولو لم تتعرض ارادة الأصل لعيب من هذه العيوب . واذن
فيكون للأصيل أن يرفع دعوى البطلان ويصل الى الحكم ببطلان العقد
على أساس الغلط الذي وقع فيه نائبه أو التدليس أو الاكراه الواقع
على النائب ، بصرف النظر عن سلامة ارادة الأصل من الغلط أو
التدليس أو الاكراه .

ويلاحظ أن دعوى البطلان النسبي المترتبة على تعيب ارادة
النائب هي للأصيل فهو الذي يرفع الدعوى بطلب ابطال العقد للغلط
أو التدليس أو الاكراه الذي شاب ارادة نائبه وليس للنائب أن يرفع
تلك الدعوى اللهم الا اذا كان نيابته من الشمول ما يدخل في نطاقها
مثل هذا العمل أو كان موكلا فيه بالذات (١) وهذا طبيعي ما دامت
آثار العقد الحاصل بطريق النيابة عائدة الى الأصل فان دعوى
البطلان النسبي ان هي الا أثر مترتب على العقد الذي يشوب ارادة
أحد المتعاقدين فيه عيب من العيوب التي نص عليها القانون .

٢٦ - هذا وأن الحكم الذي تضمنته المادة ١٠٤ عام يشمل
النيابة بنوعها من اتفاقية وقانونية ، ولهذا الشمول دلالة خاصة فيجب
يعنينا من هذا البحث ذلك أنه اذا كان مفهوما وطبيعيا أن يكون
الاعتداد في حالات النيابة القانونية هو بشخص النائب عند النظر في
عيوب الارادة لأن الواقع ان ارادة النائب تنفرد بالظهور في حالات
النيابة القانونية ولا يكون فيها للأصيل دور ما ، فان الأمر كان يصح
أن يختلف عن ذلك في حالات النيابة الاتفاقية حيث تلعب ارادة
الأصيل دورا ظاهرا اذ أنها هي أساس العلاقة التي تربط الأصل
بالنائب وهي المنشأة لنيابة الأخير وقد تكون في بعض الأحيان موجهة
للنائب توجيها معينا في اجراء التصرف موضوع النيابة . ومع كل ذلك

(١) انظر رواسم ص ٧٩ .

فان المادة ١٠٤ حين قررت أن الاعتداد في عيوب الارادة انما هو
يشخص النائب لم تخص بهذا الحكم أحد نوعي النيابة وانما عمنته
على حالاتها جميعا ، مما يصح أن نخرج منه بأن القانون يقر لارادة
النائب بنفس الدور في اجراء التصرف محل النيابة بصرف النظر عما
اذا كانت النيابة قانونية أو اتفاقية •

٢٧ - هذا وقد يرى البعض أنه حالة ما اذا كان الأصل قد
حدد لنائبه بعض عناصر العقد محل النيابة ، يستحسن أن يعتد فيما
يخص تلك العناصر بإرادة الأصل بحيث يكون العقد الذي يعقده
النائب قابلا للإبطال للعيب الذي شاب ارادة الأصل خاصا بذلك.
النصر أو بتلك العناصر التي عينها لنائبه مقدما إذ أن دور النائب
فيما يتصل بتلك العناصر لا يتعدى تنفيذ تعليمات الأصل واذن.
فيكون من المستحسن عندهم الرجوع الى شخص الأصل عند النظر
في ابطال العقد لميب في الارادة متعلق بعنصر حدده هو مقدما.

ولنضرب مثلا يوضح المسألة في الإذهان :

(أ) وكل (ب) في شراء تحفة بعينها مملوكة لشخص ثالث.
(ج) وكان (أ) مدفوعا في ذلك باعتقاده أن تلك التحفة من عصر
تاريخي معين او أن لها قيمة فنية معينة وذلك نتيجة لغلط وقع فيه ،
فاذا اشترى (ب) من (ج) تلك التحفة عالما بحقيقتها غير واقع بشاها
في أي غلط فان أصحاب الرأي الذي نحن بصدده يذهبون مع ذلك
الى امكان ابطال العقد للغلط الذي شاب ارادة الأصل إذ أنه متعلق
بعنصر من عناصر العقد موضوع النيابة (المحل) حدده الأصل لنائبه
مقدما •

والواقع أن هذا هو الحل الذي يقول به انصار نظرية تعاون

الارادتين التي سنتناولها فيما يلي من هذا الكتاب (١) فهم يقررون أن العقد محل النياية تشترك وتعاون في ابرامه ارادتا النائب والأصيل بنصيب يختلف باختلاف الأحوال وبينون على ذلك أنه ينبغي الاعتداد عند النظر في عيوب الارادة بارادة النائب أو بارادة الأصيل في النطاق الذي كانت كل منهما مؤثرة فيه فينظر الى ارادة النائب في العيوب الواقعة في العناصر التي استقل بتحديدتها وينظر الى ارادة الأصيل في العيوب الواقعة في العناصر التي حددها لنائبه سلفا .

ولقد تأثر المشرع الايطالي بهذه النظرية التي لها في ايطاليا كثير من الأنصار (٢) فنصت الفقرة الثانية من المادة ١٣٩٠ من القانون المدني الايطالي على أنه « ومع ذلك اذا كان عيب الارادة متعلقا بعناصر حددها الأصيل سلفا لا يكون العقد قابلا للإبطال الا اذا شاب العيب ارادة هذا الأخير » (٣) .

وقد نعت لجنة تنقيح القانون المدني الفرنسي هذا المنحى اذ جاء نص المادة ٢٣ من المشروع الذي أقرته اللجنة العامة كالآتي : « يرجع في تقدير انعدام الارادة أو تعييبها الى شخص الأصيل أو

(١) بند ٤٩ وما بعده .

(٢) انظر ما على بند ٥٠ و ٥٨ .

(٣) انظر ضمن المادة في ملحق الكتاب

ويلاحظ على صياغة هذه الفقرة أنها لا تفلح عند امكان الإبطال اذا شاب ارادة الأصيل عيب في الأحوال المنصوص عليها ، انما تلعب الى عدم امكان الإبطال الا اذا شاب العيب ارادة الأصيل دون غيره فهي تستبعد الصورة التي يشوب فيها ارادة النائب عيب متعلق بعناصر حدده الأصيل بينما تكون ارادة الأصيل سليمة من العيب أي يكون العقد مطابقا لحقيقة ارادته (وذلك كما لو اشترى النائب في مقابلته للتضخم في اثنين النحلة معتقدا أنها تاريخية بينما يكون الأصيل حين كلفه بمراتها عالما بحقيقتها) . وهذه الصورة الأخيرة تدخل في عموم نص الفقرة الاولى من هذه المادة التي تتضمن القاعدة المنصوص عليها في المادة ١/١٠٤ من قانوننا الا أنه ليس لاستخدامها صراحة قوة عملية كبيرة لأنه قلما يصور أن يستعمل الأصيل حقه في طلب ابطال العقد لعيب شاب ارادة النائب بينما يكون مطابقا لحقيقة ارادته .

شخص النائب في الحدود التي أسهمت فيها إرادة كل منها في إبرام التصرف « (١) » .

كما كان المشرع السوداني قد أخذ بنظرية اشتراك الإرادتين إذ نصت الفقرة الثانية من المادة ٨٩ من القانون المدني السوداني الصادر سنة ١٩٧١ (والملغى الآن) على أنه « ومع ذلك إذا كان النائب وكيلًا ويتصرف وفقًا لتعليمات صدرت له من موكله كان محل الاعتبار عند النظر في الأمور المشار إليها في البند السابق (وجود الإرادة والتعير عنها وغيوبها وأثر العلم ببعض الظروف الخاصة واقتراض العلم بها حتمًا) هو شخص كل من الأصل والنائب وذلك بالتقدير الذي أسهمت به إرادة كل منهما في إبرام العقد » .

٢٨ - ونرى أن في الأخذ بهذا الحل خلطًا بين تصرفين قانونيين متميزين (٢) ينبغي لحسن فهم نظام النيابة الفصل بينهما وتمييزهما بدقة ألا وهما : (أ) العقد المبرم بين الأصل والنائب متضمنًا إجابة الأول للثاني (وهو في الغالب الأعم عقد الوكالة) و (ب) العقد محصل النيابة الذي يجريه النائب مع الغير . فإرادة الأصل تتجلى في

(١) انظر أعمال لجنة تنقيح القانون المدني ١٩٤٨/٤٧ ص ٩٢ و ٢٤١ .

« L'absence ou le vice de la volonté s'apprécie dans la personne du représenté ou dans celle du représentant dans la mesure où la volonté de chacun a concouru à l'acte ».

وقد كان النص المقابل من المشروع التمهيدى الذى وضعت لجنة التصرفات القانونية المنعقدة من اللجنة العامة أقرب إلى نص المادة ١٣٩٠ من القانون الايطالى إذ كان كالآتى :

(المادة ٢٥٥ من المشروع التمهيدى) .

« Les conditions de validité de l'acte passé par le représentant pour le compte du représenté s'apprécient uniquement dans la personne de ce dernier. Toutefois, si la volonté du représenté est entachée d'un vice, l'acte n'est annulable que si le représentant n'a fait qu'exprimer la volonté du représenté : si la volonté du représentant est entachée d'un vice l'acte est annulable dans l'intérêt du représenté »

(٢) قارن الملاحظة التى وردت على لسان الاستاذ ثوابيه في مناقشات له.

تنقيح القانون المدني الفرنسي - « أعمال لجنة تنقيح القانون المدني » ١٩٤٧/١٩٤٨

ص ٢٢١ .

التصرف الأول وهو ما نسميه بالانابة فهي المنشئة له والمحددة لمداه ولكن دور ارادة الأصل يقف عند حد الانابة فلا يتعداها الى التصرف الثاني (وهو الذى يقوم به النائب بمقتضى الانابة) فهذا تصرف قانوني مستقل عن الانابة لا يختلط بها فهما وان كانا متلازمين الا أنهما متميزان فالأول تنشئه ارادة الأصل والثاني تنشئه ارادة النائب والقول باستقلال التصرفين يصح حتى في الحالة التي يتصرف فيها النائب على أساس تعليمات صادرة له من الأصل اذ حتى في هذه الحالة يقوم النائب بنشاط ارادى خاص هو المنشئ في الواقع للتصرف أو العقد الثاني واتباعه في ذلك لتعليمات الأصل لا يجعل لارادة هذا الأخير دخلا في التصرف الحاصل بطريق النيابة (١) .

واذن فاذا كان الأصل في توجيه النائب وجهة معينة بخصوص عنصر أو أكثر من عناصر العقد محل النيابة قد وقع في عيب من عيوب الارادة فان ذلك العيب يخص فقط التصرف الأول المتضمن انابة الأصل لنائبه ولا يتعداه الى التصرف الثاني الذى يجريه النائب بمقتضى الانابة ، واذن فسحب أثر هذا العيب الى التصرف الثاني وترتيب بطلان هذا التصرف على ذلك العيب الواقع في التصرف الأول أمر لا يستقيم في الفهم وبذلك يتضح خطأ هذا الرأى وعدم سلامة أساسه من الوجهة النظرية .

على أن هذا لا ينفي أن العدالة قد تقتضى تمكين الأصل في الأحوال المتقدمة من التخلص من العقد الذى يجريه النائب بناء على توجيه من الأصل صادر عن ارادة معينة الا أن ذلك لا يكون عن طريق ابطال ذلك العقد للغلط أو التدليس أو الاكراه الذى وقع فيه الأصل لما في ذلك من خلط بين تصرفين متميزين على ما تقدم لنا بيانه ،

(١) انظر في توضيح هذه الفكرة ما يلى منه ٦٦ .

وانما يكون ذلك من طريق النتيجة الطبيعية التي تترتب على مثل هذا العيب في الارادة ألا وهي ابطال التصرف القانوني القائم على هذه الارادة المعيبة وهو هنا التصرف الأول المتضمن للانابة ومتى أبطل هذا التصرف ترتب على ذلك بطلان سقوط التصرف الثاني الذي أجراه النائب صحيحا وذلك نتيجة لبطلان الانابة نفسها ، فلا يكون التصرف الذي أجراه النائب نافذا في حق الأصل ، وبذلك فصل الى النتيجة العملية نفسها التي يذهب اليها أنصار هذا الرأي وتنص عليها الفقرة الثانية من المادة ١٣٩٠ من القانون الايطالي ولكن على أساس نظري صحيح لا تخرج به على ما تقتضيه طبيعة النيابة وذلك بأن نعتد في الحالات التي نحن بصددنا بالغلط أو التدليس أو الاكراه الذي يدفع الأصل الى اقامة النائب ، وليس بالغلط أو التدليس أو الاكراه الذي يقع فيه الأصل بخصوص عنصر من عناصر العقد محل النيابة (١) .

٢٩ - وبذلك نرجع الى عموم القاعدة التي مقتضاها الرجوع في عيوب الارادة الواقعة في العقد الحاصل بطريق النيابة الى شخص النائب لا الى شخص الأصل ، وهذه القاعدة المقررة في معظم القوانين

(١) وقد يشور في هذه الأحوال البحث في مدى الحماية الواجبة للغير حسن النية الذي يتعامل مع النائب جاهلا بسبب بطلان التصرف المتضمن للانابة وإلى أي حد يتأثر بهذا البطلان أو يتحمل نتائجه ، ولا شك أنه قد تعرضت حالات تقتضي فيها حماية حسن النية ألا يحتج بهذا البطلان على الغير المتعامل مع النائب ويرى الاستتار بما يكون أن الغير حسن النية لا ينبغي أن يضار بأثار بطلان التصرف المتضمن للانابة وإذن فهو يذهب الى عدم الاحتجاج عليه بهذا البطلان . انظر باكيوتي ج ٤ ص ٣٦٤ .

وقد يكون في تقرير ذلك كقاعدة عامة غلو ولعل الأوفق ترك تقدير ذلك للقاضي في كل واقعة حسب ظروفها .

ونفس عن القول أن مشكلة حماية الغير حسن النية تتوحد كذلك في ظل نظرية اشتراك الارادتين لأن ما يكون من نصيب ارادة الأصل من عناصر التصرف وشروطه - طبقا لتلك النظرية - قد يكون حافيا على الغير الذي يتفرد النائب بالتعامل معه في نيابة الأصل ، وإذن فتصيب ارادة الأصل في خصوص عنصر أو أكثر من عناصر العقد أمر لا يستسي للغير أن يلزم به . ومن ثم فإن مسألة حماية هذا الغير متى كان حسن النية تعرض لنا في ظل نظرية اشتراك الارادة بقدر ما تعرض لنا في ظل نظرية ارادة النائب . فإن في اللغة الايطال للملاحظة التي أبدأها ميرابيللي والمشار إليها فيما يلي بند ٥٦ حاشية

الوضعية تأخذ بها أيضا الشريعة الإسلامية فكتب علماءها تتكرر فيها العبارات الدالة على أن النائب يعقد العقد بإرادته هو لا بإرادة الأصل فمن ذلك قولهم في الفرق بين الرسول والوكيل ان « الرسالة موضوعة لنقل عبارة المرسل فالرسول معبر والعبارة ملك المرسل ... وأما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل بل العبارة للوكيل » (١) وكذلك ما قرره من أن ما « ارتضاه كبار الشراح في صدر كتاب الوكالة ... أن الموضوع لنقل العبارة انما هو الرسالة فان الرسول معبر والعبارة ملك المرسل وأما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل فان العبارة فيها للوكيل (٢) » ومعروف أن لفظ العبارة في اصطلاح الشرعيين يقابل الارادة التعاقدية في الاصطلاح الحديث أو على الأصح « التعبير عن الارادة » (٣) واذن فما دامت القاعدة في الشريعة أن النائب انما يعبر في العقد الحاصل بطريق النيابة عن ارادته هو فيتعين الرجوع الى تلك الارادة في كل ما يتصل بسلامتها من العيوب وما عساه يكون عيبا في الرضا يتعلق بإرادته هو لا بإرادة الأصل « فكراهه يفسد العقد كما أن هزله يفسده أيضا اذا كان من العقود التي يؤثر فيها الهزل والاكراه ، وله شروط الخيار لنفسه وله الرد بخيار العيب ، وله خيار الفسخ اذا تبين أن العقد حصل فيه غلط بأن عقد على أساس أن الملقود عليه موصوف بوصف مرغوب فيه وتبين انه موصوف بغيره ، لأن كل هذه الأمور تتعلق بالرضا والعبرة في الرضا

(١) قاض زاده لمي تكملة شرح فتح القدير ج ٦ ص ٤ .

(٢) المربع المذكور ص ٢٤ .

(٣) Déclaration de volonté. (٢)

هو رضا التعاقد « (١) والتعاقد انما هو النائب كما صرحوا به في غير موضع (٢) .

فاذا رجعنا الى القانون الانجليزى وجدنا فيه احكاما يصح أن نستنتج منها أن قاعدة الرجوع في عيوب الارادة الى ارادة النائب موجودة في ذلك القانون أيضا فمن المقرر في القانون الانجليزى أن علم النائب بظروف التعاقد (وبالحالة المحل خاصة) هو العلم الذى يعتد به اذ يفترض أنه علم الأصل أيضا (٣) .

كما أن من المقرر في القانون الانجليزى كذلك أن التدليس الواقع على النائب سبب لبطلان العقد وأن للأصيل في هذه الحالة أن يرفع دعوى البطلان للتدليس الواقع على نائبه (٤) .

وقاعدة الاعتداء بارادة النائب فيما قد يشوب عقده مع الغير من عيوب الارادة مقرر كذلك في القانون الأمريكى (٥)

(١) محمد أبو زهرة « الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية » سنة ١٩٣٩ ص ٢٣٤ .

(٢) أنظر فتح القدير ج ٦ ص ١٦ من الكلمة : « الوكيل هو الماقد حقيقة لأن العقد يقوم بالكلام » وأنظر ابن عابدين ج ٢ ص ٤١٨ وللنفى ج ٥ ص ٢٤٦ .

(٣) Sutton and Shannon on Contracts. الطبعة الثالثة لندن سنة ١٩٤٤ ص ١٤٨ .

« Knowledge possessed by the agent of the party deceived that the representation is untrue will as a rule be treated as the knowledge of the principal ».

وانظر في التدليس الذى يصدر من النائب نفس المرجع ص ١٥٧ .

(٤) Yehia Tag El Dine, « Le dol français et la Misrepresentation anglaise », Paris, 1926, pp. 148-149 : « En général la déclaration est adressée directement à la personne même qui en est victime. Mais elle peut l'être aussi à son représentant... Si donc la fausse déclaration est faite au représentant, c'est le représenté qui a le droit de se plaindre ».

« على وجه العموم يكون التصير (المكتوب بالتدليس) موجها مباشرة الى الشخص الذى هو ضحية التدليس ولكن يجوز كذلك أن يوجه ذلك التصير الى النائب عن ذلك الشخص . وعلى هذا فإذا كان التصير الكاذب موجها الى النائب فإن الأصل هو صاحب الحق في النظام من ذلك » . يحيى تاج الدين ، التدليس في القانونين الفرنسى والانجليزى ، باريس سنة ١٩٣٦ ص ١٤٨ - ١٤٩ .

Restatement, Agency 2nd, No. 315 and 366.

(٥)

الفصل الثالث

في الظروف الخاصة المتعلقة بالارادة

٣٠ - هناك غير العيوب التي تنتاب الرضا ظروف أخرى متعلقة بالارادة يرتب عليها القانون نتائج معينة وتؤثر بوجه أو بآخر في آثار العقد أو التصرف القانوني وذلك كحسن النية وسوء النية وكالعلم أو الجهل بظروف معينة متصلة بالتعاقد وما الى ذلك . فما هو حكم القانون الوضعي في هذه الحالات وهل ينظر في تقديرها الى ارادة النائب أم ارادة الأصل ؟

لقد تناولت المادة ١٠٤ من القانون المدني المصري التي تقدم لنا الكلام عليها في الفصل السابق هذه الحالات فشملتها القاعدة المقررة بخصوص عيوب الارادة اذ نصت الفقرة الأولى من المادة على أنه « اذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الارادة أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما » واذن فالحكم في القانون المصري « فيما يتعلق بالظروف التي تؤثر في الآثار القانونية للتعاقد يجب أيضا أن يكون مرجع الحكم عليها شخص النائب لا شخص الأصل » (١)

(١) للذكر الإيضاحية على المادة ١٠٤ .

ومن الصور التطبيقية لهذه القاعدة ما جاء بالمذكرة الايضاحية من جواز الطعن بالدعوى البولصية في بيع صادر من مدين معسر توطأ مع نائب المشتري ولو أن الأصل ظل بمزول عن هذا التواطؤ . ومن تطبيقاتها كذلك الأحوال التي يتوقف فيها انتقال الملكية في المنقولات على حسن النية وهو ما نصت عليه المادة ٩٧٦ من القانون المدني المصري اذ قررت أن « من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله يصبح مالكا له اذا كان حسن النية وقت حيازته » وقد كانت المادة القديمة تفسر حسن النية هنا يكون « المستلم معتقدا صحة الملك فيها للمسلم » فاذا كنا أمام بيع حاصل بين بائع غير مالك وبين نائب المشتري وكان النائب يعتقد وقت العقد ملكية البائع للمبيع ترتب على ذلك انتقال الملكية للمشتري بلا حاجة الى البحث عن حسن نية الأصل نفسه (١) . ومن تطبيقات هذه القاعدة أيضا حالة العلم بميوب المبيع (م ٤٧) فان العبرة في ضمان البائع لميوب المبيع الخفية - في حالة ما اذا كان المتعاقد معه هو نائب المشتري - هي يعلم النائب بتلك العيوب فاذا كان يجهلها فان البائع يضمنها أما اذا كان عالما بها سقط عن البائع ضمان هذه العيوب بلا حاجة الى الرجوع الى شخص المشتري (الأصل) والبحث عن مدى عمله أو جهله بحالة المبيع .

ففي الصور المتقدمة وما يجرى مجراها من الحالات التي تتوقف فيها آثار العقد كلها أو بعضها على العلم أو افتراض العلم حتما بوقائع معينة حددها القانون وكذا الحالات التي تتأثر فيها آثار العقد بحسن نية أحد الطرفين أو سوء نيته ، يجب الاعتداد بشخص النائب دون الأصل ففي شخصه ينبغي تقدير حسن النية أو سوء النية وإلى ارادته يرجع في العلم أو افتراض العلم ببعض الظروف المعينة ، بحيث لو كان

(١) مع اختلاف خاص بتطبيق حكم المادة ١٠٤ مدنى مصرى . انظر بقدر ٢١ .

النائب سبىء النية فإن الآثار التى يرتبها القانون على حسن النية لا تتولد حتى ولو كان الأصل حسن النية كما أن النائب متى كان عالماً ببعض الظروف الخاصة بالتعاقد ترتب على هذا العلم ما يقرره القانون من الآثار وذلك بصرف النظر عن شخص الأصل أى حتى ولو كان الأصل يجهل تلك الظروف ، هذا ولا عبرة فى هذه الأحوال كلها بما إذا كان النائب مطلق التصرف فى إجراء العقد موضوع النيابة أو موجهاً فى ذلك من النائب بتعليمات وتوجيهات تخص ذلك العقد فالقاعدة فى كل هذه الأحوال هى الاعتداد بإرادة النائب دون إرادة الأصل .

٣١- ولا ينال من صحة هذه القاعدة ولا يقلل من دلالتها ما جاء بالفقرة الثانية من المادة ١٠٤ ونصها « ومع ذلك إذا كان النائب وكيلًا ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها » . إذ ليس مقتضى هذا النص الاعتداد بإرادة الأصل فى تقدير الظروف المتعلقة بالإرادة التعاقدية فى أحوال النيابة الاتفاقية ولا اعتبار أن لإرادته دخلاً فى انعقاد العقد (١) ، فإن هذا النص لا يتناول إلا صورة واحدة هى صورة علم الأصل (الموكل) لظروف معينة يجهلها النائب (الوكيل) ولا تهدف هذه الفقرة إلا إلى غاية واحدة هى منع الأصل سبىء النية من التوصل بالنيابة إلى الوصول إلى نتائج لا يبيحها له القانون ، فغاية هذه الفقرة قطع السبيل على إساءة استعمال النيابة بحيث يتمتع على الأصل (الموكل) سبىء النية الاحتياط وراء حسن نية نائبه ويتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو ، وإذن فهذا الاستثناء لا ينال من صحة القاعدة التى

(١) انظر ما سياتى يصد نظرية تناوب الإرادتين بند ٥٥ وما بعده .

تضمنتها الفقرة الأولى من المادة ١٠٤ ولا أدل على ذلك من أن هذا الاستثناء لا يتسع للصورة المكتنية صورة جمل الأصل لظروف كان يعلمها فائيه •

وعلى هذا تبقى القاعدة المتقدمة سليمة في عمومها ويكون حكم القانون الوضعي في الظروف المتعلقة بالارادة الرجوع في تقديرها الى ارادة النائب دون ارادة الأصل •

وجدير بالملاحظة أن الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ يقتصر تطبيقها على الظروف الخاصة المتعلقة بالارادة (سوء النية والعلم أو الجهل ظروف التعاقد) ولا انطباق لها على عيوب الارادة (الغلط والتدليس والاكراه) (١) ، ففما يختص بهذه العيوب يكون المرجع دائما ارادة النائب طبقا لحكم الفقرة الأولى من هذه المادة وذلك حتى في الحالات التي يكون فيها النائب وكلا يتصرف طبقا لتعليمات صدرت له من موكله • وهذا التحديد لمدى الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ يتفق والمقرر في الفقه الألماني بشأن مدى الفقرة الثانية من المادة ١٦٦ من القانون المدني الألماني (وهي الأصل الذي استمدت منه المادة ١٠٤ من قانوننا) فثمة يقرر الفقه أن الاستثناء الذي توردته الفقرة الثانية من المادة ١٦٦ على القاعدة المقررة في الفقرة الأولى منها لا يخص الا حسن النية الأصل وسوءها ولا يمتد الى عيوب الارادة التي تنطبق عليها في كل الحالات القاعدة التي تضمنتها الفقرة الأولى ألا وهي الاعتداد ب ارادة النائب (٢) •

(١) المستورى : الوسيط ج ١ بند ٨٦ و ج ٧ • المجلد الأول • بند ٣٠٠ هامش ص ٥٧٩ حيث يشير للآلاف الصلاة الى ما قلناه بهذا الصدد في الطبعة الأولى من هذا الكتاب •

(٢) بريسكو - راسمباير من ٣٦٢ - ٣٦٣ وللراجع الألمانية المشار اليها فيه =

٣٢ - هذا وإن في نص المادة ١٠٤ عبارة تكررت في فقرتها قد تحتاج الى بعض الشرح والايضاح وهي عبارة « افتراض العلم حتما » بالظروف المرتبطة بالتعاقد . فما الذي يعنيه المشرع بقوله ان العبرة هي بشخص النائب في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما ؟ وما معنى التسوية بين حالة العلم الحقيقي وحالة افتراض العلم ؟ وفي أى الحالات يمكن أن نقول أن النائب المتعاقد يفترض فيه حتما العلم بتلك الظروف الخاصة فنرتب على ذلك الافتراض النتيجة عينها التي تترتب على العلم الحقيقي بمقتضى المادة ١٠٤ ؟ لا شك أن هذه النقطة مما سيثور حوله الخلاف عند التطبيق العملي لهذه المادة ولذا يقتضى الأمر تقرير معناها بكل وضوح وجلاء ، خاصة وأن المذكرة الايضاحية لم تعرض لذلك مطلقا . واذا كان نص المادة ١٠٤ مأخوذا عن المادة ١٦٦ من القانون المدني الألماني (١) فانه يلزمنا الرجوع الى

= وقائد عبد الحى حجازى ج ٢ ص ٢٢٨ - « أما الفقرة الثانية (من المادة ١٠٤) فتورد استثناء على الفقرة الاولى ، فاذا كان مقتضى الفقرة الاولى وجوب الاعتماد بشخص النائب من حيث عيوب الارادة والعلم أو افتراض العلم ببعض الظروف الخاصة ، فان مقتضى الفقرة الثانية أن يعتمد - عند النظر فى الأمور السابقة - بإرادة الأصل وذلك اذا كان النائب وكيلانصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله » . وفى هذا الرأى الذى يستحب حكم الفقرة الثانية على عيوب الارادة كذلك توسع فى مدلول المادة ٢/١٠٤ لا يبيحه النص ومعتقد على أساس ما تقدم فى المتن أنه ليس فى محله .

وأفقر أحمد حشمت أبو ستيت « نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد » الكتاب الأول - مصادر الالتزام - القاهرة ١٩٥٤ - بند ١٢٧ ص ١٢٠ حيث يتعامل المؤلف عما اذا كان انطباق الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ - يفتى عند حكم الأصل ببعض الظروف كما هو واضح فى النص » ثم يعتمد فى عيوب الارادة ؟ وفى الأستاذ الدكتور أبو ستيت أن واضح القانون الجديد يبدو أنه يأخذ بالحل الأول (الوسيط فقرة ٨٦) غير أنه يستطرد ليقول « أما نحن فلا نرى بأسا من الأخذ بالحل الثانى وعلى ذلك من آراء الأصل مثلا على أن يعتمد تصرفا فاختار وكيلنا عنه فى عقد ذلك التصرف والحال أن الوكيل لم يقع عليه اكراه فان التصرف يقع قابلا للأبطال » . ونرى أن هذه الترسمة من نطاق المادة ٢/١٠٤ حتى تقبل عيوب الإرادة لا محل لها مع وضوح النص كما أنه لا حاجة إليها فى مثل المثال سائنه الاستاذ - انظر انفا بند ٢٨ .

(١) انظر المذكرة الايضاحية ج ٢ ص ٥٢ تحت المادة ١٥٧ من المشروع الأول ونمو المادة ١٠٤ من القانون .

ذلك القانون والى فقه لمعرفة المقصود بتلك العبارة وتحديد مرادها
وتقرير حالها (١) *

ولقد تولت المادة ١٣٢ فقرة ثانية من القانون المدني الألماني بيان
الحالة التى يستوى فيها افتراض وجوب العلم بواقعة معينة والملم
بتلك الواقعة فعلا وأوضح المقصود بعبارة افتراض العلم حتما (٢)

(١) لم يفتنا ماحرص واضع التقنين المدنى الحالى على إبرازه فأكثر من موضوع
وهو أن النصوص المستقاة من التقنيات الأجنبية يجب اعتبارها منفصلة عن مصادرها
ودمجها فى مجموع التقنين المصرى بحيث لا يرجع فى تفسيرها الى مصادرها التشريعية
الأجنبية ولا الى الفقه الأجنبى وانما يرجع فى تطبيقها وتفسيرها الى النصوص ذاتها والى
ما درج عليه القضاء فى مثل تلك الأحوال (تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ :
مجموعة الأعماء التشريعية ج ١ ص ١٣٣ و تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس النواب
مجموعة الأعماء التشريعية ج ١ ص ٣٢ وانظر السنهورى : الوسيط ج ١ ص ٥٢ - ٥٧)
غير أنه من المسلم به أن الرجوع الى المصدر الأجنبى لازم لافتراض البحث العلمى
(السنهورى : الوسيط ج ١ ص ٥٢) كما أن النصوص التطبيقية للأخوة عن التقنيات
الأجنبية فى مسائل لم يكن لها مقابل فى تقنيننا القديم ولا فى تطبيقات القضاء تحوجنا
ولا شك الى الرجوع الى تلك المصادر خاصة اذا تعلق الأمر باستنباط مدلول الصيغة
فإن واضع القانون مسلمون بأن النقل عن القوانين الأجنبية كان للاستئناس بالصياغة
والاستفادة من دقة التعبير والأداء (تقرير لجنة مجلس الشيوخ سالف الذكر) * والأمر
بخصوص المادة ١٠٤ يحوجنا الى تبين مدلول عبارة « افتراض العلم حتما » وهى من
العبارات القليلة فى التقنين التى لا يصح فيها قول لجنة مجلس الشيوخ أنها « أصبحت
مجردة فى ذاتها من المعانى التى استظهرها كل من ساهم فى وضع المشروع او مراجعته
أو اقراره » وذلك لأن الأعمال التشريعية لا تتضمن الايضاح الكافى لتطبيق المقصود بهذه
العبارة * لهذا كله كان رجوعنا الى القانون الألمانى وفقه فى هذا الموضوع لا فبار عليه
ونعم الاعتبارات العامة للمصلحة بتفسير التقنين الحالى *

وانظر فى هذا الصدد مؤلف الأستاذ وعينه داليه « موسوعة القانون المدنى المقارن »
باريس سنة ١٩٥٠ حيث يقول فى ص ٨٢ :

« يحوج الأمر فى حالات معينة الى استعمال الطريقة المقارنة من أجل تلهم مدلولات
قانوننا الوطنى ، ومن ذلك حالة ما اذا القانون الفرنسى المطلوب تفسيره أو تطبيقه قد
تضمن نظاما أو صيغا مستقاة من قانون أجنبى » *

« Dans certains cas... il nous est imposé d'employer la méthode comparative
pour comprendre les solutions de notre droit. Il en est ainsi dans le cas
où la loi française, qu'il s'agit pour nous d'interpréter et d'appliquer, consa-
« cre une institution, ou des formules, empruntées à un droit étranger ».
David : Traité élémentaire de droit civil comparé, Paris, 1950, p. 82.

= kennen müssen ومعناها وجوب العلم وهو التعبير =

التي تكررت بعد ذلك وخصوصا في المادة ١٦٦ ومنها يؤخذ أن المقصود بذلك هو عدم العلم المترتب على تقصير أو إهمال (١) . وعلى هذا فكلما كان جهل النائب المتعاقد نظرف معين ناشئا عن إهماله ، بحيث لو كان قد تصرف بغير إهمال ولا تقصير لم يكن ليجهل ذلك الظرف . يفترض في النائب العلم بالظرف المذكور حتما وتترتب على ذلك نفس النتيجة التي تترتب على علمه فعلا بذلك الظرف ، وإذن فمحل افتراض العلم حتما هو تقصير المتعاقد في التحري عن ظروف التعاقد ، ولا شك أن تقدير ذلك التقصير مسألة موضوعية متروكة للقضاء في كل حالة حسب ملاساتها .

٣٣ - وما هو مقرر في القانون المصري بصدد الظروف المتعلقة بالارادة مأخوذة به أيضا في القوانين الأجنبية ، ففي القانون الفرنسي نجد أنه رغم انعدام النص فالمقرر هو الرجوع الى ارادة النائب لا الى ارادة الأصل في حسن النية وفي العلم بالظروف المتعلقة بالتعاقد (٢) وهو ما سار عليه القضاء الفرنسي في أحكامه (٣) .

وفي القانون الإيطالي نجد أن المادة ١٣٩١ من المجموعة المدنية

= الذي جاء في المشروع النهائي للقانون المصري المقدم الى البرلمان واستبدلت به في مجلس الشيوخ عبارة « افتراض العلم حتما » حتى تكون دلالة النص اضيق كما جده في تقرير اللجنة .

(١) انظر سالي في التعليق على م ١٢٢ - الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون الألماني من ١٢٦ وانظر بريسكو - دامسيانو من ٢٨٨ .

(٢) انظر ديمونج ج ١ بند ١٥٠ من ٢٤٣ بريسكو دامسيانو من ٢٤١ ورواستر ٨٨ ولاحق أن المؤلف الأخير يرى (من ٨٩) أن الأصل يستفيد من حسن نية نائبه مهما كانت نيته هو (أى ولو كان سيء الكنية) - والحق أنه يجب أن تستثنى من عموم هذه القاعدة حالة سوء نية الأصل متى كان النائب يعمل بناء على تعليمات منه وهو ماحوته الفقرة الثانية من م ١٠٤ من القانون المدني المصري وذلك حماية للغير من سوء نية الأصل ومما له من التستر بحسن نية نائبه .

(٣) انظر حكم النقض الفرنسي في ١٥ يوليو سنة ١٨٩٨ - دالوز ٥٥٩/١/٩٨ وسيرى ٢٠٩/١/٩٩ مع تعليق للاستاذ تيمسييه

ينص على أنه في الأحوال التي يعتد فيها بحسن النية أو بسوء النية وبالعلم أو الجهل بطرف معينة يكون المرجح شخص النائب ، وهذا إلا إذا تعلق الأمر بالعناصر التي حددها الأصل مقدماً (١) فهذه الملة قد تقررت قاعدة الرجوع في تقدير الظروف المؤثرة في التعاقد والمتعلقة بالإرادة إلى شخص النائب ، وإن كان لا يخفى ما فيها من تأثير بنظرية تعاون الإرادتين الموجهة للتشريع الإيطالي في كثير من أحكام النية كما رأينا وسنرى ، وذلك إذ تشي هذه المادة من حكم القاعدة كل الحالات التي يحدد فيها الأصل بعض عناصر المقد متى كان حسن النية أو العلم بالظروف المتصلة بالتعاقد متعلقاً بتلك العناصر . هذا وإن الفقرة الثانية من المادة ١٣٩١ من القانون المدني الإيطالي قد حوت الحكم الذي حوته المادة ١٠٤٤ فقرة ثانية من قانوننا إذ نصت على أنه « ليس للأصل سوء النية في أية حالة من الأحوال أن يستفيد من جهل النائب أو من حسن نيته » (٢) .

وقد أخذ القانون المدني السوداني الصادر سنة ١٩٧١ بالحل الذي اتبعه القانون المدني الإيطالي إذ أن مقتضى الفقرة الثانية من المادة ٨٩ منه الرجوع في تقدير أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتماً إلى شخص الأصل أو شخص النائب بالقدر الذي أسهمت به إرادة كل منهما في إبرام التصرف (٣) وبهذا الحكم

(١) أنظر نص المادة في ملحق الكتاب ١٠

(٢) أنظر نصها في ملحق الكتاب ٥

(٣) ويلاحظ أن المادة ٨٩ من القانون المدني السوداني للملحق جاءت خلواً من نص. كنص الفقرة الثانية من المادة ١٣٩١ من القانون الإيطالي التي تحول بين الأصل وسوء النية وبين الاستفادة من حسن نية نائبه . عل أننا لا نعتقد أن هذا الحذف مقصود ولا شك في أنه لم يكن التقنين قد ألقى لكان القضاء السوداني في تطبيقه لهذا النص سيحتمل حتماً مبدأ حسن النية بوصفه من المبادئ القانونية العامة الواجبة التطبيق فلا يسمح للأصيل النية بالاستفادة من حسن نية نائبه ولا يحسن أصيلاً حسن النية من نتائج سوء نية نائبه وإن تعلق سوء النية بعناصر الظرف حدده الأصل مقصداً مما يجعله

افرد القانون السودانى من سائر قوانين البلاد العربية المستمدة من القانون المدنى المصرى على أن التفتين المدنى السودانى سرعان ما ألغى بعد صدوره لأسباب ليس هذا محل الخوض فيها وحل محله فيما يتصل بموضوع هذا الكتاب قانون الوكالة رقم ٦٣ لسنة ١٩٧٤ وليس فيه مثل هذا النص .

أما فى القانون الألمانى فإن قاعدة الاعتداد فى تقدير الظروف المتعلقة بالإرادة بشخص النائب دون الأصيل قد تضمنتها المادة ١٦٦ من المجموعة المدنية التى قررت أيضا قاعدة الرجوع الى إرادة النائب فى تقدير عيوب الإرادة إذ نصت على أنه « فى حالة ما اذا كانت الآثار القانونية لإعلان الإرادة تتأثر بوجود عيب فى الإرادة أو بواقعة العلم أو افتراض العلم حتما بطرف معينة فيرجع فى تقدير ذلك لا الى شخص الأصيل وإنما الى شخص النائب » .

وفى القانون الانجليزى كذلك (١) نجد أن العبرة فى العلم بالظروف المؤثرة فى التعاقد هى بشخص النائب كما أن سوء نية النائب يجعل التصرف الذى يبرمه لحساب الأصيل مشوبا ولو كان الأصيل حسن النية على أن سوء نية الأصيل أيضا يؤثر فى العقد الذى يبرمه النائب وإن يكن هذا الأخير حسن النية وذلك تحاشيا لتمكين الأصيل سىء النية من الاستفادة من حسن نية نائبه كما هو مقرر فى قوانين البلاد الأخرى التى عرضنا لها فيما تقدم . والقانون الأمريكى بدوره

= المرجع - فى ظاهر النص - الى نية والسلبية دون نية النائب المقبولة . انظر ما على بند ٥١ .

(١) بولوك فى مبادئ العقد طبعه ١٩٥٠ ص ٨١ حاشية ٢٣ وتفسيره فى العقود ج ١
فقرة ٨٠٨ حاشية ٢٢ وستوليجار ص ٦٧ - ٦٩ .

يحوى هذه الأحكام عنها بالنسبة الظروف المتعلقة بالإرادة وبالنسبة
لحسن النية وسوء النية .

وإذ فجماع الأحكام الوضعية فى سائر التشريعات التى
استعرضناها بالنسبة للظروف المرتبطة بالإرادة أن العبرة فى صدد تلك
الظروف هى بإرادة النائب دون إرادة الأصل ، لم يشذ عن هذه
القاعدة فى إطلاقها سوى القانون الإيطالى والقانون السودانى الملغى
لتأثرهما بنظرية تعاون الإرادتين ففى هذين القانونين رأينا أن المرجع
وإن كان الى إرادة النائب فى الأصل إلا أنه يرجع أيضا الى إرادة
الأصل إذا كان الأمر متعلقا بعناصر التصرف التى حددها لنائبه مقدما .
أما المادة ١٠٤ فقرة ٢ من القانون المصرى فلا استثناء فيها لمطلق الرجوع
الى إرادة النائب وحده فى تحديد آثار الظروف المتعلقة بالإرادة التعاقدية
إذ أن ذلك النص إنما يرمى الى قطع السبيل على سوء نية الأصل
فهو بهذا الوصف تطبيق لمبدأ حسن النية لا ينال من إطلاق القاعدة
الخاصة بالظروف المؤثرة فى الإرادة التى يقوم عليها التصرف القانونى
الحاصل بطريق النيابة .

٣٤ - الآن وقد انتهينا من فحص عناصر الإرادة التى يقوم عليها
التصرف القانونى الحاصل بطريق النيابة وبحشنا فى أحكام القوانين
الوضعية عن الشخص الذى يشترط توفر هذه العناصر فيه أهو النائب
أم الأصل ، يمكننا أن تسب هذه الإرادة التعاقدية الى أحدهما وأن
نقرر ما إذا كان المقد الحاصل بطريق النيابة يتم بإرادة النائب أم بإرادة
الأصل .

فلقد رأينا أن عنصر الأهلية اللازمة للتعاقد يشترط توافره كاملا
لدى الأصل لا لدى النائب ، وإن كان لا محيص من كون النائب

ذا إرادة صحيحة مميزة فيشترط إذن أن يتوفي فيه أصل الأهلية وإن لم يلزم أن تكون تلك الأهلية على الكمال المطلوب لإجراء التصرف القانوني محل النيابة بالذات •

أما عنصر سلامة الإرادة من العيوب فقد رأينا أن الأصل فيه أنه مطلوب في النائب دون الأصل على ما فسره به صدر هذه القاعة في مختلف القوانين •

وأخيراً فإن الظروف المتعلقة بالإرادة والمؤثرة في التصرف القانوني يرجع فيها هي الأخرى أصلاً إلى شخص النائب دون الأصل على القاعدة العامة التي لا تختلف في عمومها من تشريع لتشريع •

فعلى ضوء ما تقدم يمكننا أن نحدد الإرادة التي يقوم عليها التصرف الحاصل بطريق النيابة ونقيم على ذلك الأساس البنيان النظري لنظام النيابة ونشرح طبيعته وتبين كيفية عمله ، وهو ما سنقوم به في الباب التالي بعد أن تقدم بين يدي ذلك عرضاً للنظريات المختلفة التي قامت في الفقه بهذا الخصوص •

الباب الثاني

في الطبيعة القانونية للنياحة

الفصل الأول

النظريات المقترحة لبيان طبيعة النياية

٣٥ - لئن كان موضوع النياية في التصرفات القانونية قد شغل في تطبيقاته العملية وأحكامه الجزئية من اختلاف الفقهاء حيزا كبيرا فإن مسألة تحديد الطبيعة القانونية للنياية في التصرفات القانونية كانت ميدانا واسعا لتضارب الآراء وتخالف وجهات النظر بين علماء القانون ولا غرو فنحن في مسألة طبيعة النياية بصدد بحث نظري ينفسح فيه مجال المضاربات العقلية وينطلق فيه النظر المجرد ولهذا ذهب الفقهاء في موضوع طبيعة النياية أكثر من مذهب من يوم أن تنبعت الأذهان الى وجود النياية كنظام قانوني له كيانه الخاص ومقوماته الذاتية ، ولئن كان بعض النظريات التي وضعا الفقهاء لشرح هذه الطبيعة قد أصبح اليوم عند أهل الفقه من مخلفات الماضي ، فإن أكثرها لا يزال الى الآن يشور حوله الجدل ويتصر لبعضه دون البعض فريق من الفقهاء دون فريق حتى ليصعب أن يقال ان في الفقه الحديث نظرية واحدة معينة مقبولة من الكافة في تفسير طبيعة النياية في التصرفات القانونية ، وإن كان من غير المتعسر استيضاح اتجاه ما نعو نظرية ما من تلك النظريات العديدة المتباينة .

ونستطيع أن نقسم مختلف النظريات في هذا الباب إلى الأقسام التالية :

أولاً — نظرية الافتراض •

ثانياً — النظريات القائمة على فكرة الإرادة •

ثالثاً — النظرية المبينة على القانون الوضعي •

ولنعرض لهذه النظريات تباعاً لنرى بعد هذا ما قد يؤدي بنا إليه البحث من رأى في الطبيعة القانونية للنيابة •

البحث الأول

في نظرية الافتراض

٣٦ — ساد في الفقه التقليدي مذهب لعله كان اتجاهها عاماً في تفسير كل جديد من النظم القانونية ، ذلك هو مذهب الافتراض الذي يفسر الخاصية المميزة للنيابة ، ألا وهي وقوع آثار التصرف القانوني الذي يقوم به النائب للأصيل وعليه ، على أساس افتراض أن الأصل هو الذي قام بالتصرف القانوني وإن كان القائم به فعلاً هو النائب فالأصيل يصبح بمقتضى تصرف النائب دائماً أو مديناً لأنه يفترض أنه هو الذي قام بالتصرف القانوني المذكور •

يقول أحد أنصار هذه النظرية التي بدأت بيوتيه (١) أنه لا معدى

(١) « إذا أبرم الوكيل عقوداً ما مع الغير فإن الموكل هو الذي يفترض أنه تمثله بواسطة وكيله وهو (الموكل) الذي يلتزم نحو الأشخاص الذين تمثله معهم الوكيل بتلك الصلة ولا يترتب على الوكيل في هذه الحالة أي التزام لأن الافتراض أنه ليس هو الذي تمثله وإنما هو فقط واسطة يفترض أن الأصل قد تمثله من طريقها » بيوتيه : مجموعة الأعمال ج • ص ٢٠٧ طبعة بيوتيه • باريس سنة ١٨٦١ •

« Lorsque le mandataire... a fait quelques contrats avec des tiers... c'est en ce cas le mandant qui est censé contracter par son ministère, et qui s'oblige envers les personnes avec lesquelles son mandataire a contracté en cette qualité. Le mandataire, en ce cas, ne contracte aucune obligation... parce que ce n'est pas lui qui est censé contracter ; il ne fait qu'interposer son ministère, par lequel le mandant est censé contracter ».

Fethier : Œuvres de Fethier, Édition Duguet, t. V, Paris, 1861, p. 207.

عن اللجوء إلى الافتراض للقول بأن الشخص الذي قام بالعمل القانوني لا يلتزم بمقتضاه وإنما يلتزم به شخص آخر لم يشترك في ذلك العمل (١) .

لقيت هذه النظرية قبولا عاما طوال القرن التاسع عشر وفي مطلع هذا القرن العشرين لا مفر الفقهاء الفرنسيين وحدهم بل وأيضا في الفقه الألماني ممثلا في (٢) بولت نظرية الافتراض هي النظرية التقليدية في تفسير طبيعة النيابة إلى عهد قريب نسبيا حتى بدأ في مهاجمتها وإظهار قصورها الشراح الذين وجهوا التفاتا خاصا إلى موضوع النيابة في التصرفات القانونية وأن كان من بين هؤلاء بعض قدامى أصحاب الرسائل في هذا الموضوع ممن تابع هذه النظرية وأخذ بها على علاقتها واكتفى في تفسير طبيعة النيابة بتقرير أنها افتراض قانوني أو حيلة قانونية (٣) .

٣٧ - كان في مقدمة الناعين على هذه النظرية كاييتان في مدخله (٤) فقد أرجعها إلى تأثير الفقهاء الفرنسيين بقواعد القانون الروماني ودعا إلى نبذها وإلى تقرير أن التصرف القانوني يصح أن ترجع آثاره إلى شخص آخر غير القائم بذلك التصرف . وكذلك عدل عن هذه النظرية جميع الشراح الحديثين كما استبعدت من الطبقات الحديثة لمطولات القانون المدني الفرنسي التي كان أصحابها الأولون من

(١) لايبه ٣ مطلب في آثار اجازة أمثال النفوس ٤ من ١١ - أشار إليه مادراي

ص ١٠٩ Labbé : Dissertation sur les effets de la ratification des actes d'un gérant d'affaires, p. 11; cité par Madray, p. 106.

(٢) أنظر بويستوك - دامنيانو ص ١٩٨ د ١٩٩ والمرجع المذكور فيه .

(٣) بوابيه : رحلة من تولوز سنة ١٨٩٨ « حقايق » رسالة من يبريش سنة

١٨٩٩ « بركيه » رسالة من بوليه سنة ١٨٩٩

(٤) كاييتان : مدخل العمل إلى دراسة القانون المدني « الطبعة الثالثة (سنة ١٩١٢)

ترجمة : ...

أعجاز هذه النظرية (١) كما قد جلتها على أصناف الرشائي في موضوع النيابة منذ مطلع القرن العشرين (٢) وحتى ليصح أن يقال أن نظرية الافتراض هي الآن أدخل في قلب التاريخ منها في أسس علم القانون وأنها مستمدة من نطاق النظريات المسلمة في الفقه الحديث .

والحق أن النظرية التي تفسر طبيعة النيابة في التصرفات القانونية على أساس الافتراض يعيها ما يعيب كل افتراض قانوني من عيب جوهري تبعه أن الافتراض دوران حول الاشكال لا حل له فالقانون بهذا المذهب يتجنبون معضلة الطبيعة القانونية للنيابة بالجوء الى فكرة الافتراض التي لا تفسر شيئاً ولا تذلل بذاتها على شيء اذ هي لا تعدو أن تكون تعبيراً عن واقع الأمر في النيابة لا تفسيراً لطبيعة ذلك النظام ونهياً من مواجهة المشكلة دون أن تكون حلاً لها (٣) .

٣٨ - ثم أن نظرية الافتراض على عيها هذا الجوهري تقصر عن الإحاطة بجميع حالات النيابة فهي لا يمكن أن تنطبق على النيابة

(١) أنظر مطولة بلانول وريبير طبعة سنة ١٩٤٧ بمساهمة بولانجيه ج ٢ ص ٥٠ بند ١٦٦ وقد كانت الطبعة الأولى من مطولة بلانول وريبير (Traité Élémentaire) تقر نظرية الافتراض . أنظر مثلاً الطبعة المأخرة ج ٢ ص ٧٤٩ بند ٢٢٤٠ مكرر والطبعة الحادية عشرة ج ١ بند ١٨٤٨ .

(٢) بيلون : رسالة من كان سنة ١٨٩٧ ، كوديسكو : رسالة من باريس سنة ١٩١٢ ، بوبسكو : رامبسيانو : رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ ، مادواي : رسالة من بوردو سنة ١٩٣١ ، كلاريز : رسالة من ليل سنة ١٩٤٩ .

(٣) يقول العلامة إيرنج Ihering : عن الافتراض :

« Le but de la fiction consiste à aplanir les difficultés qui sont inhérentes à l'application de nouvelles règles du droit plus ou moins incisives. Elle laisse la doctrine traditionnelle intacte dans son ancienne forme, sans cependant diminuer en quoi que ce soit, en pratique, la pleine efficacité de la forme nouvelle. La fiction tourne les difficultés au lieu de les résoudre. Elle n'est en cela que la solution scientifique imparfaite d'un problème et mérite d'être nommée un mensonge technique consacré par la nécessité » .
Ihering : L'Esprit du Droit Romain, trad. Meulénner, t. iv, p. 296 (Paris), 1888.

القانونية والنيابة القضائية (١) اذ كيف يفترض أن القاصر أو المحجور هو الذي يتعاقد بينما ارادته ناقصة كلياً أو جزئياً فهي ارادة لا يستقيم بها تصرف قانوني ؟ وكيف يمكن أن يقال ان رب العمل هو الذي يتعاقد بينما عقد الفضولي يكون من تلقاء نفسه وفي غيبة رب العمل ؟ وكيف يفترض أن الأصل هو الذي يتصرف بينما يكون تصرف نائبه القضائي على غير ارادته في غالب الأحيان ؟ فالأخذ بنظرية الافتراض يؤدي اذن في هذه الحالات اما الى القول بأن التصرف القانوني يستند الى ارادة ممدومة أو عاجزة واما انكار الوقائع المادية ونسبة ارادة الى الأصل لم تكن له وقد يكون له عكسها .

فالافتراض على تجرده من القية في ذاته يعجز عن شمول كافة تطبيقات النيابة بل ويصطدم بالحقائق الواقعة ويلقى عليها ظلاً كثيفاً من الاضطراب والغموض بدلا من أن ينيرها ويوضحها ، وفي مثل هذه الافتراضات قال العلامة جيني بحق « ان مصطنعات العقل لا تكون مقبولة الا بقدر ما تساهم في توضيح حقيقة الوقائع الأساسية فمتى نالت من هذه الوقائع بدلا من أن تؤيدها وجب أن تتمحى أمام الحقائق العليا » (٢) . واذن فلا يكون الافتراض مقبولا في تفسير طبيعة النيابة كما يجب ألا يكون مقبولا كتفسير علمي يرتاح اليه العقل اذ مهمة العلم

(١) أنظر ديوج بند ١٢٧ ص ٢٤٠ وليفور ديكالو ص ٤٧٠ ومادري ص ١٠٩

درواست ص ٩٤ - ٩٥ .

(٢) جيني : العلم والصيغة بند ٢٨٦ (ج ٤ ص ٦٤) ومن دواي المحجب ملاحظه قبلنا الاستدلال رواست (ص ٩٥) من أن جيني رغم دراسته العميقة للافتراضات القانونية المرجع السابق بند ٢٤٠ وما بعده (ج ٣ ص ٣٦٠ وما بعدها) كان من أواخر الذين ظهروا يمانعون في تفسير النيابة بنكرة الافتراض (المرجع المذكور ج ٣ بند ٢٤٠ ص ٣٦٣) ولا ريب أن اسناد النظر له كان يؤيد به الى خلاف هذا القصد .

الكشف عن الحقائق ومعرفة الأسباب والقول بالافتراض ليس الا اعترافا بالعجز عن كشف الحقائق ومعرفة الأسباب (١) .

٣٨ مكرر - هذا وأن فقيها معاصرا خصص للافتراضات القانونية دراسة قيمة يرى أن الافتراض كتفسير لظاهرة النيابة يدخل في باب ما يسميه « الافتراضات الميتة » ويقول ان معيار معرفة كون الافتراض ميتا أو أنه لا يزال حيا هو التساؤل عما اذا كانت العبارة التي يصاغ فيها الافتراض تتضمن زعما كاذبا ، فالقاعدة القائلة « من يتصرف بواسطة غيره يتصرف بنفسه » كانت في أصل أمرها افتراضا لأنها كانت تتضمن الزعم بأن التصرف المقصود قد تولاه الأصل نفسه فعلا، غير أن هذه العبارة قد شاع استعمالها الى درجة أنها الآن تدل على معناها المقصود (ألا وهو أن الأصل يلتزم قانونا بالتصرف فآله) دلالة مباشرة بعد أن سقط الزعم الكاذب الذي كان يتوسط من قبل بين العبارة وبين هذا المدلول وأصبح مهجورا لكونه فآله وعملية ذهنية لا جدوى منها ، والواقع أن موت الافتراض يمكن أن يقال عنه انه نتيجة لقانون أقل مجهود في مجال العمليات الذهنية (٢) .

وواضح مما يقوله الأستاذ فوللر أن الافتراض وان يكن «ميتا» فإنه لا يعدو كونه تمبيرا عن الواقع ولا يعنى عنا شيئا في فهم الظاهرة التي يعبر عنها أوفى تفسيرها ، فالقول بأن الأصل يلتزم بأكار تصرف

(١) وبطريقنا هنا قول العلامة بنجام في الافتراضات القانونية :

«What you have been doing by the fiction — could you, or could you not have done it without the fiction? If not, your fiction is a wicked lie; if yes a foolish one. Such is the dilemma. Lawyer! escape from it if you can».
C.K Ogden : Bentham's Theory of Fictions, London, 1932, p. 241.

(٢) لون فوللر : الافتراضات القانونية ، ستانفورد ١٩٦٧ ص ١٩
Lon L. Fuller : Legal Fictions, Stanford University Press, Stanford, California, 1967, p. 19.

الكاتب يصف الأمر الواقع دون أن يحاول الجواب على السؤال بكيفية
ولماذا • واذن فالافتراض الحق كذبة بطلته والافتراض « الميت »
تحصيل حاصل لا فائدة منه متى تعلق الأمر باقامة ببيان نظري يشرح
طبيعة نظام قانوني معين ويعلل أحكامه ويرتبها فيما بينها على وجه
منطقي مقبول •

المبحث الثاني

الفصل الأول في النظريات القائمة على الإرادة

٣٩ - لما كان الافتراض غير صالح أساساً لتفسير النصيحة
القانونية للنيابة فقد طرحه الفقه جانباً، وبنيذ فكرة الافتراض التي
كانت تستر مشكلة طبيعة النيابة تحلت تلك المشكلة للبيان في أظهر
صورة ويدياً واضحاً أن اطراح نظرية الافتراض لا يفسر طبيعة النيابة
وإنما هو يكشف عن تلك المشكلة القناع ويفتح الباب وإسماً للحلول
التي يصح أن تشرح طبيعة النيابة شرحاً مقبولاً وتفسر النتائج التي يؤدي
إليها في العمل نظام النيابة تفسيراً قانونياً سليماً •

وإذا كانت الإرادة الفردية منشأ التصرف القانوني فقد قامت في
الفقه نظريات تفسر طبيعة النيابة على أساس الإرادة - ذلك الفهم
المتشبه للتصرقات القانونية - ولا غرابة في البحث عن طبيعة النيابة

• وفي موضع آخر يستدل المؤلف من الإجابة للظاهرة قبل هي افتراض ١ وحيث
قالوا إني أعيننا بقولنا أن النائب كان ذا صفة في التصرف أن الأصل قد غوله فلا
ذلك الصفة كنا لواقع الافتراض • أما إذا كان كماله بالنيابة هو أن النائب في تلك
الظروف صفة قانونية في الزام الأصل آثار التصرف لم يكن هنا لك افتراض (فولتر
للمرجع للذكور من ٣٦) وهنا أيضاً نجد أمامنا من القاعدة القانونية دون محاولة
لتدريج طبيعتها • الفخر في الإجابة للظاهرة ما يل البند ١٢٣ - ١٢٥ •

في التصرفات القانونية على ضوء الإرادة ملابا كان التصرف القانوني
مبنيا على الإرادة بل كان - كما يجرون - إرادة متجهة إلى إحداث
أثر قانوني .

على أن ظاهرة النيابة في التصرفات القانونية تنظم أكثر من إرادة
فردية واحدة ، وإذا صرفنا النظر عن إرادة الغير الذي يتعاقد مع النائب
بقيت لدينا في الطرف الآخر للتصرف القانوني إرادتان هما إرادة
الأصيل وإرادة النائب .

فأية إرادة تلك التي نأخذ بها لتفسير طبيعة النيابة ونبرير رجوع
آثار التصرف القانوني إلى الأصيل دون النائب ؟ أم إرادة الأصيل ؟
أم هي إرادة النائب ؟ أم هما إرادتا الأصيل والنائب في وقت مصفا ؟
وبعبارة أخرى ما الإرادة التي يتعقد بها التصرف القانوني الذي يتم
بطريق النيابة ؟ إرادة الأصيل أم إرادة النائب أم الإرادتان معا ؟

والحق أن كلا من الاجابات الثلاث المتقدمة لم يقدم نصيرا بين
المثقفاء وعلى هذا فقد انقسمت النظريات القائمة على الإرادة أقساما
ثلاثة .

القسم الأول : في النظرية القائمة على إرادة الأصيل :

ع - حمل لواء هذه النظرية في القرن الماضي العلامة سافني (١)
وبمقتضى مذهبه لا تكون النيابة في جوهرها الا نقلا لإرادة الأصيل
ولا يعدو النائب أن يكون رسولا ينقل تلك الإرادة وعلى هذا يكون
المتعاقد أو القائم بالتصرف القانوني في الحقيقة هو الأصيل وما النائب

(١) سافني : الالتزامات ترجمة هيب ج ٢ ص ١٢٩-١٣٠ وعصوما ص ١١٩ -

١٢٠
Savigny : « Le droit des obligations », traduction Hippert, t. II, Paris, 1873
pp. 93-146 (représentation).

الا أداة لنقل ازادته ومتى كان الأصل هو الذى يقض بالتصرف القانونى على هذا الوجه فليعى أن تقع له وعليه آثار ذلك التصرف.

ولا جدال في أن هذه النظرية متأثرة كل التأثر بالقانون الرومانى ففى تنقل الى القانون الحديث نظام الرسول *nuntius* المعروف عند الرومان ، فساغنى يعتبر النائب مجرد رسول مبدا أن اتساع أو ضيق السلطة التى تكون للنائب في ابرام التصرف القانونى لا يغير من وضعه القانونى ولا يخرجه عن كونه رسولا ومجرد أداة للتعبير عن ارادة الأصل يستوى في ذلك عنده الرسول الذى يحمل رسالة مجهول فحواها والوكيل الذى يفوض اليه أمر ابرام التصرف القانونى وتحديد مقسومه ومذاه (١) .

يصل سافنى الى هذه النتيجة عن طريق القول بأنه في الحالة التى يقوم بها النائب بمقد أو بتصرف قانونى معين محددة ظروفه وشروطه سلفا يكون النائب ولا شك ممبرا عن ارادة الأصل وناقلها ، وكذلك في الحالة التى يكون للنائب فيها سلطة تقديرية في التعاقد لا يتغير الوضع في جوهره لأن الأصل اذ ينبى عنه غيره يتخذ مقدما من ارادة النائب ارادة له وعلى هذا يكون المتعاقد الحقيقى هو الأصل وتكون الارادة التعاقدية هى ارادته ذلك لأنه يتخذ لنفسه الارادة التى سيمبر عنها النائب عند التعاقد فيما يختص بالشروط التى لم تكن معروفة سلفا كالتن أو المحل مثلا (٢) .

(١) سافنى المرجع السابق ص ١٢٢ .

(٢) سافنى : المرجع السابق للوضع المذكور حيث يقول للاف :
« S'il (le représentant) conclut alors le contrat pour moi, il doit néanmoins être regardé et jugé comme le simple messager dans les cas précédents... Car ma volonté dirigée vers différentes résolutions entre lesquelles le représentant doit avoir le choix, est encore toujours ma volonté, et le représentant lui-même apparaît dans tous ces cas, vis-à-vis de l'autre partie, comme simple porteur de ma volonté ».

وانظر باكيولى ص ٢٩٧ - ٢٩٨ .

وعلى هذا الوجه يلغى سافنى التفرقة الجوهرية بين الرسول
والنائب مستندا من جهة أخرى الى الصموية التى تحول دون وضع
حد دقيق للتفرقة فى مختلف الحالات بين النائب والرسول . واذن
فسافنى يعتبر النائب دائما وفى كل الحالات رسولا كما كان الحال فى
القانون الرومانى ومجرد أداة لنقل ارادة الأصل الذى هو دائما
المتعاقد الحقيقى ، لا تستثنى من ذلك الحالات التى يكلف فيها
النائب بتحديد مضمون الارادة لانه حتى فى هذه الحالات انما يعبر
النائب عن تلك الارادة باعتبارها ارادة الأصل .

٤ مكرر - ونجد لنظرية ارادة الأصل أصداء فى الفقه
الانجليزى والفقه الأمريكى - على قلة احتفالهما بالمباحث النظرية -
فقد كتب هولز فى سنة ١٨٩١ يقول « ان الأصل هو الذى يتعاقد . .
حتى فى الحالة التى يكون فيها للنائب سلطة تقديرية فى التصرف
وأيا كان مدى تلك السلطة التقديرية » . كما كتب كوك فى سنة ١٩٠٦
يقول « ان قانوننا لا يقول ان النائب هو الذى يتعاقد ثم تنتقل آثار
تعاقد بطريقه ما الى الأصل بل انه يعتبر الأصل هو المتعاقد عن
طريق النائب الذى ليس الا بمثابة واسطة للاتصال » (١) .

٤١ - ومع تسليمنا بأن التفرقة بين النساب والرسول قد
لا تكون فى كل الحالات من هيات الأمور فانه لا يمكننا اغفال هذه

(١) مشار إليها فى سفر ص ٨١ حاشية ٢٩ حيث يشير المؤلف الى رأى سافنى
منقولا عن الترجمة الانجليزية لكتابه « تنازع القوانين » . انظر أيضا ستولجار ص ١٥
وبلاحظ ان سافنى ينتصر لنظرية ارادة النائب الى يقول ص ٨١ - ٨٢ .

« It is not true here that the contract is completed by the will of the principal alone, or that the agent is « a referee who settles the price », a mere « veto-tum ». The contract comes into existence through the independent will of the agent, for the latter is responsible for his acts and words so far as his status as an individual permits. But the contract does come into existence in accordance with the expressed will of the principal and there is no departure from the theory of contracts ».

التفرقة والقول بإطراحها فهي قائمة ولا شك وهي لا غنى عنها على أية حال في القانون الحديث (١) . وقد عرضنا في غير هذا الموضع لهذه التفرقة بين النائب والرسول بالتفصيل . والذي يعنينا هنا هو أنه قرر أن اغفالها هو من مآخذ نظرية مبالغى التي يحق فيها قبول الاستاذ روايت أنها تحاول حل الاشكال عن طريق محوه (٢) .

ثم أن هذه النظرية على علاقتها بتوجه إليها النقد من ناحية عجزها عن شمول كافة أنواع النيابة ، إذ لا يجوز في العقل أن تنطبق الا في حالة النيابة الاتفاقية ، دون سائر الحالات التي يكون الأصل فيها معدوم الارادة أو ناقصها أو عاجزا فعلا عن استعمالها والا فكيف يصح في الاذهان أن يكون الوصى رسول القاصر والقيم رسول المحجور والحارس القضائي رسول الخصوم والفضولى رسول رب العمل ؟ وكيف يستقيم في هذه الحالات القول بأن الارادة التمثيلية هي اداة الأصل بينما يكون الأصل غير ذى ارادة أو يكون جاهلا أصلا بالتصرف القانونى الذى يجره النائب . أما في حالة النيابة الاتفاقية فهذه النظرية في خلطها بين الوكيل والرسول تخالف حقائق الأشياء ، إذ القول بأن الوكيل مجرد أداة لنقل ارادة الموكل لا يتفق مع النور الحقيقى للوكيل الذى يكون لتقديره مجال يتسم وضيق حسب الاحوال ولكنه يحرجه على اية حال عن ان يكون مجرد فاعل

(١) انظر بوبسكو - دامينيانو ص ٢٩٥ .

(٢) روايت ص ٩٨ .

«... la théorie de Savigny, a essayé de résoudre le problème en le supprimant ». Rouast, p. 97.

ولا شك انه متى كنا أمام رسول فعلا فلا يقوم الاشكال أصلا إذ لا تكون هناك نيابة وألها يكون هناك تماثل بالإسالة بين المائين . انظر ما تقدم منه ٦ .

لارادة الأصل (١) ، فاهيك أنه في جميع الأحوال التي تكون الوكالة فيها عامة يكون مجرد الزعم بأن الوكيل انما يعبر عن ارادة حقيقة للموكل غير مقبول لأنه يخالف حقيقة الواقع فالوكيل العام يقوم في ادائه مهمته بتصرفات قانونية لعلها لم تخطر لموكله على بال وقد لا يتوقعها فضلا عن أن تتجه اليها ارادته واذن فلا يمكن أن تكون الارادة التي يقوم عليها مثل هذا التصرف القانوني الا ارادة الوكيل وعلى هذا فلا يكون التصرف تصرف الأصل ولا يكون هو المتعاقد الحقيقي كما تقول هذه النظرية .

٤٢ - هذا وان هذا المذهب فضلا عن عدم شموله للنياحة القانونية وعدم استقامته في حالات النياحة الاتفاقية فهو يناقض أحكام القانون الوضعي ولا يتفق مع النصوص التشريعية . من ذلك أن مقتضى القول بأن الارادة التعاقدية هي ارادة الأصل وأن المتعاقد الحقيقي هو الأصل أن يكون الاعتداد في عيوب الرضا وفي سائر ما يتصل بسلامة الارادة وكفايتها بشخص الأصل مع أن الحكم في سائر القوانين الحديثة أن شخص النائب هو الذي يكون محل الاعتبار في تقدير سلامة الارادة وأسباب فسادها ، وهو ما نص عليه قانوننا المدني في المادة ١٠٤ منه بقوله : « اذا تم العقد بطريق النياحة كان شخص النائب لا شخص الأصل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الارادة أو

(١) لهذا نرى أنه غير صحيح ما يقوله الأستاذ سالفانيه من أن الأصل لا يلتزم بأرادته هو من طريق الوكالة الا حيثما تكون الوكالة خاصة فبعد ذلك تكون مهمة الوكيل محددة بل وجه يحصل دوره مجرد النقل فيه الا لارادة الموكل . « الاطوار الاقتصادية والاجتماعية للقانون الخاص المسامر » ج ٣ باريس ١٩٥٩ ص ٣٤ - ٣٥ وان يكن المؤلف قد أورد هذا القول في معرض الرد على انصار نظرية ارادة الأصل موضحا ان الحالة التي يصلها بهذا الوصف حالة خاصة لا تصلح أساسا لفرع طيبة النياحة بصفة عامة ولا يضمن الا أن نكرر أنه حتى في صورة الوكالة الخاصة للخدمة لا يمكن اعتبار النائب مجرد آلة لنقل ارادة الأصل .

في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما » .
وان نظرية تتناقض نتائجها مع أحكام القانون التي تنبئ تلك النظرية
لتفسيرها وتبريرها ليعين أطرافها اذ لا تكون قائمة على أساس
سليم .

لكل ما تقدم كانت النظرية التي تفسر طبيعة النيابة بالاستناد
الى ارادة الأصل غير مقبولة والحق أنه لم يمد لها بين الشراح
المعاصرين نصير .

القسم الثاني : في النظريات القائمة على ارادة النائب :

٤٣ - كان من شأن القصور الظاهر الذي يشوب تفسير
طبيعة النيابة على أساس ارادة الأصل - وهو قصور يجعل تلك
النظرية فضلا عن عيوبها الذاتية غير شاملة لجميع صور النيابة
وأشكالها - أن اتجه البحث وجهة الارادة الفردية الأخرى التي
تقابلها في ظاهرة النيابة وهي ارادة النائب .

والحق أن النظرية التي تفسر طبيعة النيابة على أساس ارادة
الأصل تمت الى نظرية الافتراض بسبب وهو ما يبدو جليا من تشابه
أوجه النقد التي تتعرض لها كل من النظريتين والفقهاء اذ اطرح فكرة
الافتراض انما اطرحها ليواجه الواقع من أمر ظاهرة النيابة ويشرح
ذلك الواقع شرحا علميا مقبولا .

ولما كانت حقيقة الواقع أن لارادة النائب دورا كبيرا في التصرف
القانوني الذي يتم بطريق النيابة فقد كان طبيعيا أن يتجه البحث في
تفسير طبيعة النيابة وجهة ارادة النائب ولقد كان للعلامة إيرنغ فضل
الاشادة بهذا الإجماع في ألمانيا في القرن الماضي (١) اذ قرر - خلافا

(١) يقتصر هذا الملحق باسم إيرنغ الذي اجاد في مرشدنا من كمال بهو اللقب
النائب Puchta نظر بالكوني ص ٢٩٨ .

لما كان ينادى به سافنى — أن الإرادة التي تقوم عليها التصرفات القانونية الحاصلة بطريق النيابة إنما هي إرادة النائب وأن النائب هو دائما المتعاقد الحقيقي وإن رجعت آثار عقده إلى الأصل ، وقد عبر عن ذلك إيرنج بقوله أنه في حالات النيابة يكون هناك انفصام بين السبب والآخر فينبأ السبب ، أى التصرف القانونى ، هو من فعل النائب نجد أن آثاره تتحقق في شخص الأصل (١) .

٤٤ — ولا ريب في أن مذهب إيرنج في اعتباره النائب هو القائم بالتصرف القانونى يتمشى مع حقائق الأشياء ، كما أن له فضل التفرقة بين النائب والرسول — تلك التفرقة التي يطمسها مذهب سافنى — فالأحوال التي يقتصر فيها الأمر على مجرد نقل إرادة الأصل تخرج طبقا لمذهب إيرنج عن نطاق النيابة — ذلك النطاق الذي لا تدخل فيه بحق إلا الأحوال التي يعبر فيها النائب عن إرادة خاصة به يقوم عليها تصرف قانونى ترجع آثاره إلى الأصل . كما أن هذا المذهب في اعتداده بإرادة النائب يساير الأحكام التشريعية القاضية بالرجوع في عيوب الرضا وحسن النية وغيرهما إلى إرادة النائب إذ طالما كان النائب هو المتعاقد وكافت إرادته هي التي توجد التصرف القانونى فإنه يتمين البحث عن سلامة الرضا وما إليها في تلك الإرادة دون إرادة الأصل كما هو مقتضى نظرية سافنى .

Théring : « Esprit du droit romain », trad. de Meulenaere, t. IV, (١)
Paris, 1888, p. 172 : « Au fond, le principe de la représentation n'est autre chose que la séparation de la cause et de l'effet : la cause, l'action concerne la personne du représentant ; l'effet, le droit concerne le représenté. Il y a donc là une séparation artificielle de ce qui, dans l'état naturel du rapport, est une ».

ليس مبدأ النيابة في الواقع إلا التفرقة بين السبب وبين الآخر ، فالسبب أو الفعل خاص بالنائب والآخر أو الحق خاص بالأصل . ولأن فكرة تفرقة مصطنعة لئلا هو في الوضع الطبيعي للملازمة للقانونية وحده « إيرنج » : « روح القانون الرومانى » ج ٤ ص ١٧٢ ترجمة مولتى . باريس سنة ١٨٨٨ .

على أن مذهب إيرنج هذا وإن تضمن نواة الحقيقة فإنه ليس ياناً كافياً لطبيعة النيابة ولا تفسيراً وافياً لرجوع آثار التصرف القانوني إلى الأصل ، إذ ليس يكفي أن تقرر أن المتعاقد الحقيقي هو النائب دون الأصل وأن لدينا انفصاما بين السبب والآخر ، وإنما يلزمنا أن نفهم كيف أن عقد النائب تتحقق آثاره في شخص الأصل دون شخص عاقده وكيف أن هذا « السبب » الذي من لدن النائب ينتج ذلك « الآخر » لدى الأصل ؟ هذا هو النقص الذي حاول إكماله أنصار هذا المذهب من الفقهاء الذين ساروا في الطريق الذي كان للعلامة إيرنج فضل شقه ، ولننظر الآن فيما استحدثوه لنرى ما إذا كانوا قد أكملوا النقص وأوقفوا على الغاية .

٥٤ — نظرية ييلون : قام ييلون في رسالته عن النيابة سنة ١٨٩٧ (١) بمحاولة بارعة لشرح طبيعة النيابة انتهى منها إلى تقرير أن النيابة هي في جوهرها « الحلول الحقيقية لشخصية النائب القانونية محل شخصية الأصل وبعبارة أخرى فإن إرادة النائب الحالة محل إرادة الأصل هي التي تسهم مباشرة وفعلاً في تكوين العقد الذي تقع آثاره في ذمة الأصل » . ويرر ييلون هذه النتيجة بالاستناد إلى فكرة الالتزام أو بالأحرى إلى المذهب المادى في الالتزام فهو يبدى أن الالتزام لم يعد الآن كما كان عند الرومان مجرد علاقة بين شخصين وإنما هو أولاً وقبل كل شيء رابطة بين ذمتين . وإذا كان مما يجافى المنطق أن يرتبط شخص بإرادة شخص آخر فإنه لا يصعب التسليم بأن الشخص يستطيع أن يربط ذمة غيره وبعبارة أخرى أن الذمة

(١) أوستاش ييلون : « بحث في النظرية العامة للنيابة في الالتزامات » رسالة من
 ١٨٩٧ سنة
 Pilon, Eustache : « Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations », Thèse, Chen, 1897.

يمكن أن يقع عليها أو لها التزام ما بمقتضى إرادة غير إرادة صاحبها ، إرادة يضعها صاحبها في خدمة ذمة غير ذمته دون أن يلزم ذمته هو ، فإذا اشترى زيد مالا من عمرو لحساب نفسه فإنه يلزم ذمته وكذلك إذا اشترى زيد ذلك المال من عمرو لحساب خالد فإنه يلزم ذمة خالد وبذلك نكون دائما في دائرة الالتزام ، وعلى هذا الأساس وحده يرى ييلون أنه يمكن تفسير النيابة وذلك بالاستناد الى الفكرة المادية للالتزام (١) .

٤٦ - ونظرية ييلون هذه تلتقى على جوهر النيابة ضوء لاشاك فيه ولكنها مع ذلك لا تفسر طبيعتها تفسيراً كاملاً فهي - كما قال الأستاذ ديموج - تحليل للنيابة دون أن تكون تفسيراً وافياً لها (٢) . فمن تقرير الواقع أن يقال ان العقد الذي يتعقد بإرادة النائب تقع آثاره في ذمة الأصل ، وحسن أن نسمى لفهم ذلك بالنظر الى الالتزام نظرة مادية ، ولكن ما الذي وراء هذه الظواهر ؟ ولماذا تلزم ذمة الأصل بمقتضى إرادة النائب ، وكيف يحدث ذلك بالضبط مع تسليمنا بإمكان حدوثه طبقاً للفكرة المادية للالتزام ؟ هذا ما نعتقد أن الأفكار التي ساقها ييلون لا تصل الى الاجابة عنه اجابة شافية وبالتالي فهي تقصر عن شرح طبيعة النيابة شرحاً كاملاً يقفنا على كنه هذا النظام ويفسر لنا كيفية أحداثه للآثار التي يبينها عليه القانون الوضعي .

هذا وان من الأحكام الوضعية للنيابة ما لا يكون مفهوماً على وجهة إذا اكتفينا بقول ييلون أن « النيابة هي الحلول الحقيقي لالتزام لشخصية النائب محل شخصية الأصل بحيث تسهم إرادة النائب

(١) ييلون : المرجع المذكور ص ٤٧ وما بعدها وانظر أيضاً بوبسكو دامنيانو ص ٢٠٤ - ٢٠٥ ومادرى ص ١١١ - ١١٢ ورواست ص ٩٩ .

(٢) ديموج : « الأفكار الأساسية للقانون الخاص » سنة ١٩١١ ص ٨٧٨ حاشية .

الحالة محل ارادة الأصل مباشرة وفعلًا في تكوين العقد » فإن هذا التعريف وإن كان له فضل التنبيه على الدور الذي تلعبه ارادة النائب في العقد الذي يتم بطريق النيابة ، إلا أنه لا يشرح بذاته ما يشترطه القانون من كون العقد أو التصرف الذي يقسوم به النائب مباحا للأصل غير ممنوع عليه ، ولا ما هو مقرر من عدم اشتراط الأهلية اللازمة للعقد في النائب الاتفاقي والاكتفاء فيه بأهلية التمييز .

ولقد انتقدت هذه النظرية من جهة أخرى لاعتمادها اعتمادا كبيرا على فكرة الذمة المالية تلك الفكرة التي لم تعد بمنجاة من هجمات الفقهاء المعاصرين (١) ، هذا الى أن نظرية ييلون أكثر ملاءمة لحالات النيابة العامة كنيابة الوصى عن القاصر مثلا حيث يكون النائب معهودا اليه بكل ما يتصل بذمة الأصل فهو يديرها في مجموعها ، ولكنها أقل انطباقا على حالات النيابة الخاصة التي تنصب على تصرف معين ولا يقوم النائب فيها بمهمة ادارة ذمة الأصل في مجموعها اذ كيف نفهم إذن أن ارادة النائب تنتج آثارها في تلك الذمة (٢) .

وكذلك فإن بعض الفقهاء (٣) قد نعى على ييلون قوله ان ذمة الأصل تلزم بمقتضى ارادة النائب وأن النائب يضع ارادته في خدمة

(١) رواست ص ٩٩ وانظر في انتقاد النظرية التقليدية للذمة هنري جازان دراسة

انتقادية لفكرة الذمة في اللغة التقليدية « رسالة مزديجون سنة ١٩١٠
Gazin, Henri : « Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique », Thèse, Dijon, 1910.

واسماعيل غانم : « دراسة انتقادية لفكرة الذمة في القانون الفرنسي والقانون المصري »
رسالة من باريس سنة ١٩٥٩ (على الآلة الكاتبة)

Ghanem : « Essai critique sur la notion de patrimoine en droit français et en droit égyptien », Thèse, Paris, 1951 (dactylographié).

(٢) رواست ص ٩٠٠ .

(٣) كومباروس : « دور الإرادة في التصرف القانوني » ج ١ باريس سنة ١٩٣٦

ص ٢٢٨ .

Coumbaros, Nicolas : « Le rôle de la volonté dans l'acte juridique », t. I, Paris, 1937, p. 228.

نواة الأصل دون أن يلزم ذمته هو ، فقد قيل انه طالما كانت الذمة هي مجموع الروابط القانونية للشخص وكانت الرابطة القانونية في النظرية التقليدية ارادة قد اتجهت لاحداث أثر قانوني أو حالة داخلية في نطاق الارادة (état de la sphère de la volonté) فالذمة اذن هي مجموع حالات النطاق الارادي (l'ensemble des états de la sphère de la volonté) واذن فالذمة والارادة متصلان اتصالا لا يمكن معه انفصالهما على الوجه الذي تقتضيه نظرية ييلون .

ثم أننا نرى أن هذه النظرية في ايجادها هذا الرباط الوثيق بين الالتزام وبين تفسير النيابة تخرج عن العموم الذي يجب أن تتصف به كل نظرية ، ذلك أن التصرفات القانونية التي تتم بطريق النيابة قد لا يكون محلها كلها انشاء التزام فالارادة كما تتجه الى ايشاء التزام فانها قد تتجه الى احداث أثر قانوني آخر ، وغير قليل من التصرفات القانونية لا يكون محلها انشاء التزام وانما أثرا قانونيا آخر فمن ذلك الإسقاطات بأنواعها ومن ذلك أيضا انشاء وتعديل وانهاء الحقوق العينية . وهذه التصرفات القانونية تقبل النيابة ومن هنا كانت هذه النظرية بوضعها قاصرة عن شمول هذه الحالات ، ومن هذه الوجهة أيضا ينالها النقد .

٤٧ - نظرية ليفي - أولمان : عمل الأستاذ ليفي - أولمان على تكملة نظرية ييلون في دراسة له عن النيابة في القانون الانجليزي (١) فهو كسابقه يربط بين تفسير النيابة وبين الفكرة المادية للالتزام اذ يقول أن تعريف الالتزام تعريفا ماديا يقرب النيابة من الاذهان ويسمح

(١) ليفي - أولمان : م نصيب القانون الانجليزي من النظرية العامة للنيابة في التصرفات القانونية ، منشور في مجموعة أكاديمية القانون للتاريخ ١٩٢٧
وانظر أيضا بريسكو رامسبائو ص ٢٦٦ وما بعدها وماندراي ص ١٢٢ وما بعدها ورواست ص ١٠٠ وما بعدها .

بتفهمها ثم هو يضيف الى هذا قوله أن النياية هي في جوهرها وصف يلحق التصرف القانوني الذي يقوم به النائب مثله مثل الشرط والأجل فهي الوصف الذي بمقتضاه ترجع آثار التصرف القانوني الذي يقوم به شخص (يدعى النائب) لحساب شخص آخر (يدعى الأصيل) الى هذا الأخير مباشرة .

ذلك أن المعهود في التصرف القانوني أن ترجع آثاره الى القائم به فإذا كان عقدا ارتبط به طرفاه ، أما اذا لحق ذلك العقد وصف النياية فإن مقتضى هذا الوصف أن يغير من الآثار العادية للعقد فيجعل الحقوق والالتزامات المتولدة عنه تتحقق في شخص الأصيل دون شخص النائب المتعاقد . وهذا وأن مقتضى كل وصف تعديل يلحق الآثار الطبيعية للعقد — أو للتصرف القانوني — بإرادة الأطراف فالأجل يؤخر وقوع آثار التصرف القانوني والشرط يعلق وقوعها أو انقضاءها على واقعة مستقبلية ولكن ليس الشرط والأجل في مذهب ليفي أولمان هما كل الأوصاف التي قد تلحق التصرفات القانونية بل أن هذه الأوصاف لا تنحصر في الوصفين المذكورين (١) فإن منها الوصف الذي سمي « النياية » وهو اذا لحق التصرف القانوني عدل من نتائجه العادية وجعل آثاره ترجع الى الأصيل الذي قام النائب بالتصرف القانوني لحسابه دون أن يشترك هو في ذلك التصرف . وهذا الوصف المسمى النياية يلحق التصرف القانوني اما بإرادة الأطراف ، واما بمقتضى القانون الذي يستند الى الإرادة المفترضة للأطراف . وعلى هذا الوجه كما يقول أحد أنصار هذا المذهب (٢) تنطبق نظرية الوصف هذه على كل أنواع النياية من اتفاقية وقانونية .

(١) أنصار هذا المذهب يسلكون معها ، عدا النياية ، التجريد abstraction ويعتقدون أن الأوصاف لا تنحصر مع ذلك فيما ذكر . أنظر بوبسكو - رامنسيانو ص ٢١٧ - ٢١٨ ومادرى ص ١٢٢ .
(٢) بوبسكو - رامنسيانو ص ٢١٨ .

٤٨ - وقد لاقى هذه النظرية في أول الأمر ترحيباً اذ قيل انها تفسر طبيعة النيابة تفسيراً بسيطاً ينطبق على كافة حالاتها وقد بالغ في الانتصار لها بوجه خاص بوبسكو - رامنسيانو في رسالته التي سبقت الإشارة إليها ولكن شيئاً من امعان النظر يجعلنا لجانب هذا المذهب ولا نسلم لأصحابه بما ذهبوا إليه .

فليس صحيحاً القول بأن النيابة وصف يلحق التصرف القانوني الذي يقوم به النائب أو المقعد الذي يتعقد بين النائب والغير المتعاقد معه ، ذلك أن مقتضى كل وصف أن يغير من آثار العقد العادية فيما بين المتعاقدين فالأجل مثلاً يؤخر تنفيذ الالتزامات المترتبة على المقعد ، والشرط يوقف قيامها أو انقضاءها على واقعه مستقبلة ولكن ذلك كله لا يتعدى العلاقة بين طرفي المقعد . أما أن وصفاً في عقد بين شخصين يمتد الى شخص ثالث فيوقع على عاتقه آثار ذلك العقد فهذا مالا يفهم على أساس فكرة الوصف بل ينقصنا هنا عنصر آخر لفهم هذا الوضع ، عنصر خارج عن العقد الذي يتم بين النائب والغير وهذا ما أغفلته نظرية ثينى - أولمان وما نعدده عيباً جوهرياً فيها ، فلا يستقيم إذن القول بأن النيابة وصف مثل الشرط والأجل (١) ذلك

(١) وهل أدل من ذلك من الغلط الذي وقع فيه بوبسكو - رامنسيانو في تلك الرسالة مادراى (المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٣ ص ٤٤٧) اذ يقول في معرضه دفاعه عن هذه النظرية :

« C'est que la modalité-représentation n'est pas due à la volonté des parties contractantes, mais aussi à celle du représenté, par le fait même qu'il s'accorde à l'une de celles-ci le pouvoir de représenter. La volonté des co-contractants est par conséquent limitée par ce pouvoir de représenter. Ce n'est qu'autant que la volonté des premiers est conforme à celle du représenté que... celui-ci peut se trouver lié, qu'en d'autres mots la modalité-représentation peut prendre naissance ».

تكيف يفهم أن وصفاً في عقد مآلاً يتوقف على إرادة نظريته المنشئة له انما أيضاً على إرادة شخص ثالث غير مشترك في العقد هو الأميل ؟ ومتى كانت الأوصاف التي تلحق العقود لا ينفرد بأمرها أطرافها للبرهون لها وانما يكون لإرادة الغير دخل فيها ؟

أن الوصف بطبيعته قاصر على العلاقة بين أطراف العقد أنفسهم ولا يتناول شخصا بعيدا عنه ولا يحتاج في فهمه الى عنصر خارجي •

ولقد انتقلت هذه النظرية أيضا من جهة أخرى اذ قيل ان الوصف يخصب تعريف أنصارها له هو أحد العناصر المرضية التي قد تلحق التصرف القانوني بمقتضى القانون الوضعي أو بإرادة الأطراف ، وهذا التعريف لا يمكن أن تقوم عليه نظرية تفسر طبيعة النيابة في التصرفات القانونية فان النيابة تتناول عنصرا جوهريا في التصرف القانوني ولا يمكن بحال اعتبارها مجرد عنصر عرضي اذ ينبغي عليها تحديد أشخاص الأطراف في التصرف القانوني ، وذلك عنصر جوهري فيه لا يكتمل التصرف القانوني بدونه ، ولا ريب في أنه يجب أن تكتمل للتصرف القانوني كافة عناصره الجوهرية حتى يمكن أن يلحقه وصف أى عنصر عرضي يعدل من بعض آثاره كما هو الحال في الأوصاف التي تعرفها المجموعة المدنية من شرط وأجل ، فالذين يدرجون النيابة مع هذه الأوصاف ويعدونها مثلها عنصرا عرضيا يلحق التصرف القانوني بجانبون ولا شك جادة الصواب (١) •

واذن فهذه النظرية بدورها غير مقبولة تفسيرا صحيحا لطبيعة النيابة رغم ما لها من مظهر براق لعل مرجعه الى أنها اذ تعتبر النيابة وصفا تسلكها في سلك تعرفه قوانينا المدنية وتصيبها في قالب من القوالب المعروفة للمشتغلين بالقانون ، ولكن هذا ليس فضيلة في ذاته فان طبيعة النيابة ينبغي البحث عنها بحثا مجردا في خصائص ذلك النظام ، وقد يؤدي بنا البحث الى اعتبارها نظاما مستقلا بذاته كما هو الواقع ، ولا غضاضة في ذلك فليست مهمة البحث القمى ادخال كل نظام جديد في نطاق نظام أو مجموعة من النظم التي يعرفها من قبل علم القانون •

(١) مادري من ١٢٧ رواست من ١٠١ •

٤٨ - مكر - نظرية سافاتيه : حاول الأستاذ سافاتيه في مؤلف له ظهر سنة ١٩٥٩ (١) شرح طبيعة النيابة في التصرفات القانونية بالاستناد الى فكرة العضو *organe* فهو يرى أن النيابة هي أن تحل في ابرام التصرف القانوني ارادة شخص يقوم بدور العضو محل ارادة الشخص الذي ستتصرف اليه آثار ذلك التصرف ، وبمقتضى وظيفة العضو المذكور تكون ارادته هو لا ارادة الأصل هي التي يقوم عليها التصرف القانوني ، ويمكن تبرير هذه الظاهرة في الضرورات التي تملها الحياة القانونية للشخص صاحب الشأن (أي الأصل) وهكذا فإن فكرة العضو لا يقتصر مجالها على الأشخاص المعنوية وانما يمتد أيضا الى الأشخاص الطبيعيين اذ أنهم يعمدون الى الاستعانة بعضو هو النائب كلما كانت ارادة صاحب الشأن نفسه غير كافية لمواجهة ضرورات حياته القانونية فهنا تسد ارادة النائب بوصفه عضوا للأصل هذا النقص استجابة لضرورات الحياة القانونية للأصل .

وواضح ما في هذا القول من تأثير بنظرية الشخصية المعنوية فهو يحاول شرح الطبيعة القانونية للنيابة بقياس دور النائب على دور عضو الشخص المعنوي ويحدو المؤلف في هذا ما هو مشاهد من تزايد الأشخاص المعنوية المستمر كما ، وأهمية بحيث أصبحت تلك الأشخاص المعنوية تقوم بمعظم النشاط الاقتصادي في القطاعين الخاص والعام مما غير - في نظره - من معطيات النظرية التقليدية للعقد (٢) .

٤٨ مكر ٢ - وأول ما يؤخذ على هذا الرأي أن تشبيه شيء بشيء ليس بالضرورة شرحا لطبيعة أيهما بل أن أوجه الخلاف بين طرفي

(١) Savatier, *Métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 3ème série, Paris (Dalloz), 1959, No. 359 bis.

(٢) المرجع السابق بند ٣٥٧ .

التشبيه قد تكون أهم من أوجه الشبه - السطحية أحيانا - التي يقوم عليها التشبيه .

ثم ان القول بأن النائب عضو الأصل لا يصل بنسبنا في شرح طبيعة النيابة الى مداه اذ يبقى أن نعرف بعد ذلك كيف يتسنى لهذا العضو أن يؤثر - بارادة المفروض في النظرية أنها ارادته هو - في الحياة القانونية لصاحب الشأن ، كيف ولماذا على وجه التحديد تقس آثار تصرف العضو في ذمة الأصل مباشرة .

هذا الى أن سافاتييه يكتفى بما بين وضع الشخص المعنوى ووضع الأصل من اشتراك في اعتماد كل منهما على نشاط شخص طبيعي آخر (هو العضو في حالة الشخص المعنوى وهو النائب في حالة النيابة) في تحقيق أغراض حياتهما القانونية ويرى في هذه الظاهرة المشتركة بينهما أساسا كافيا لشرح طبيعة النيابة استنادا الى فكرة العضو ، فعنده اذن أن الفرق بين اعتماد الشخص المعنوى وبين اعتماد الشخص الطبيعي على نشاط شخص آخر هو مجرد فرق في الدرجة بينما الواقع أن ثمة فرقا في النوع بين الوضعين فالشخص المعنوى لا يتكامل وجوده في الميدان القانوني الا مع وجود عضوه ولا سبيل له الى التعبير عن ارادته الا بواسطة ذلك العضو ، فالعضو اذن بالنسبة للشخص المعنوى عنصر جوهرى دائم اما الشخص الطبيعي فله وجوده المتكامل في الميدان القانوني بصرف النظر عن وجود نائب له ، ذلك أن للشخص الطبيعي ارادة ذاتية اما بالفعل (أو في الحال) واما بالقوة (أو في المال) وهذا القرض الثانى يخص عديمى الاهلية كالمجنون والصبي غير المميز فهؤلاء ما لهم الى أن يستكملوا ارادتهم الذاتية اما ببلوغ السن المطلوبة واما بزوال عارض الاهلية ، وحتى اذا لم يزل عارض الاهلية (الذى من شأنه انعدامها لا مجرد قصها) فإن

ذلك لا ينشأ استعداد الشخص الطبيعي نظرا لأن تكون له إرادة ذاتية، وهكذا يبين أن النيابة بالنسبة للشخص الطبيعي أمر عرضي مؤقت بينما العضو بالنسبة للشخص المعنوي عنصر جوهري دائم أو هو بعبارة أخرى جزء من كيان الشخص المعنوي ذاته وليس كذلك النائب بالنسبة للأصيل (١) .

وأخيرا فإن العضو بالمدلول اللغوي وبالمفهوم القانوني أيضا هو الجارحة المعبرة عن إرادة صاحبها ولهذا كانت الإرادة التي يعبر عنها عضو الشخص المعنوي هي في نظر القانون إرادة ذلك الشخص نفسه وتصرفات العضو لحساب الشخص المعنوي هي تصرفات تتم بطريق الأصالة فإذا قلنا أن النائب عضو الأصيل تعين أن نسلم بأن الإرادة التي يتعمد بها التصرف الذي يتولاه النائب هي إرادة الأصيل التي تعبر عنها جارحته المختصة بالتعبير عن الإرادة وبذلك تنتفي فكرة النيابة أصلا ويكون التصرف حاصلًا بطريق الأصالة (٢) .

لهذا كله لم تكن نظرية سافاتييه أجدر من غيرها بأن تعتبر شرحا وافيا لطبيعة النيابة في التصرفات القانونية .

القسم الثالث : في النظرية القائمة على اشتراك الأادتين :

٤٩ - يحتل أنصار هذه النظرية مكانا وسطا بين النظريتين المتضادتين السابقتين ، تلك القائمة على إرادة الأصيل وتلك التي تبنى

(١) أشار سافاتييه إلى شيء قريب من هذا الإجراء في شرحه لبعض أحكام النيابة لكنه لم ينتبه إلى ما في ذلك من نقص لنظريته في طبيعة النيابة - انظر المرجع السابق ص ٣٧٥ .

(٢) يلاحظ أن الاستعلاء سافاتييه كان منطقيا مع نفسه حين اعتبر عضو الشخص المعنوي نائبًا وخلط بذلك بين فكرة النيابة وفكرة التطور (هذا الخلط الذي هو أساس نظرية في طبيعة النيابة) انظر ما على ص ٩٧ حاشية ١ .

على ارادة النائب بأشكالها المختلفة فقد لاحظوا أن النيابة ظاهرة تتناول أشخاصا ثلاثة : النائب والأصيل والغير المتعاقد مع النائب ورأوا أن تفسيرها على أساس ارادة النائب المتعاقد وحده لا يكون وافيا لاذ لابد في نفس الوقت من النظر الى ارادة الأصيل واعتداد بها بندر ماتسهم في التصرف القانوني الذي يتم بطريق النيابة .

وأول من قال بهذه النظرية الفقيه الألماني ميتس Mitteis في كتاب له عن النيابة في القانون الروماني سنة ١٨٨٥ (١) . ثم تابعه فيها فارتوفاري في إيطاليا (٢) ومؤدى نظرية ميتس هذه أن التصرف القانوني الذي يتم بطريق النيابة ليس وليد ارادة الأصيل وحده ولا وليد ارادة النائب وحده وانما هو نتاج تعاون هاتين الارادتين اللتين تشاركان في التصرف القانوني وتولداته معا وعليه فيتعين النظر الى ارادة الأصيل والى ارادة النائب لمعرفة نصيب كل منهما في التصرف القانوني فيعتد بآرادة النائب في حدود ما باشره بنفسه ويعتد بآرادة الأصيل في حدود التعليمات الصادرة منه لنائبه .

وتوضيح كيفية تطبيق نظريته يقرر ميتس أن جميع حالات النيابة تدخل في واحد من الأقسام الثلاثة الآتية :

- ١ - حالات يعطى فيها الأصيل للنائب وكالة محددة ومقيدة بشروط ما على النائب الا اتباعها وهذه الحالات أدخل في باب الرسالة .
- ٢ - حالات يعهد فيها الأصيل الى النائب بلجراء تصرف قانوني يترك للنائب تعديله مضمونه بلا تقييد ولا تعديله .

Mittels, Ludwig : «Die Lehre von der Stellvertretung nach römisch-mischen Recht», Wien, 1885.

ولنظر عرض النظرية في كوريسكو ص ٢٧ وما بعدها وديوج ص ٢٢١ بند ١٢٩ وباجيولي ص ٢٩٩ ودراسه ص ١٠٢ .

Tartufari, Luigi : Della rappresentanza nella conclusione dei contratti, « Archivio Giuridico », vol. 43, 1889.

٣- حالات يحدد فيها الأصل للنائب بعض عناصر التصرف
القانوني ويترك له تحديد بعضها فتكون لكل من الأصل والنائب إرادة
معينة وانما جزئية *

ففي الحالات الداخلة في القسم الأول يجب الاعتداد بإرادة
الأصل فقط اذ تكون هي المنشئة للتصرف القانوني ، وفي الحالات
الداخلة في القسم الثاني يعتد بإرادة النائب وحده أما حالات القسم
الثالث حيث تشترك إرادتا النائب والأصل في التصرف القانوني بنسب
متفاوتة فيعتد فيها بإرادة الأصل أو بإرادة النائب في النطاق الذي
تكون كل منهما مؤثرة فيه ، هذا مع ملاحظة أن إحدى الإرادتين
المشتركتين تكون الغالبة في التصرف القانوني وقد تكون هي إرادة
النائب أو إرادة الأصل حسب الأحوال *

وهنا يقيم متميى تفرقة دقيقة اذ يقول ان توزيع الارادة بين
الأصل والنائب قد يكون منصبا على شروط العقد المختلفة (١) وقد
يكون منصبا على اتمام العقد أصلا أو عدم اتمامه (٢) فمثال النوع
الأول أن يحدد الأصل الشيء المراد شراؤه تاركا تحديد الثمن للنائب
وفي هذا النوع ينظر الى إرادة الأصل فيما يختص بالشيء محل العقد
... ف، مثالنا المتقدم - والى إرادة النائب فيما يختص بالثمن واذن
فيصح في مثل هذه الحالة للأصل رفع دعوى العيب الخفى حتى لو كان
النائب علما بعيوب الشيء * أما النوع الثاني فمثاله أن يحدد الأصل
الشيء المراد شراؤه وثمنه وسائر شروط العقد تاركا مع ذلك للنائب
تقدير مناسبة اجراء التصرف أي اتخاذ القرار النهائي في اتمام العقد

(١) ويسمى هذا النوع توزيعا منبسطا extensive للإرادة *

(٢) ويسمى هذا النوع توزيعا مركزيا intensive للإرادة - انظر باكيوي

أو عدم اتسامه وفي هذا النوع ينظر الى ارادة الأصل والى ارادة النائب
في نطاق تأثير كل منهما في العقد .

٥٠ - هذه هي النظرية التي نالت لتوسطها بين الطرفين موافقة
طائفة من الفقهاء في فرنسا (١) وفي مصر أيضا (٢) كما أنها اجتذبت في
إيطاليا - وبلن أحد مبتدعيها - مزيدا من الأنصار (٣) الا أننا نعتقد أن
هذه النظرية في توسطها بين النظريتين المتضادتين نظرية ارادة النائب
ونظرية ارادة الأصل ينالها من النقد ما ينال هاتين النظريتين بوجه
أو بآخر فهي فيما تقرره من أن التصرف القانوني ينمقد جزئيا بأرادة
الأصل يرد عليها ما يرد على مذهب سابقى من قصور عن شمول كافة

(١) كرويسكو : رسالة من باريس سنة ١٩١٢ - ديوج من ٢٤٢ بند ١٥٠ -
رواست من ١٠٨ - فيلوريان من ٤٧٢ - فالك - بيوتان من ٣٨ - بولانيه : مقدمة
لرسالة كلاريز من ٧ - ٨ ، اسمان في موسوعة بلا نيول وريبير طبعه ١٩٥٢ ج ٦ بند
٥٧ ، سلفاتيه في مقال منشور في « فالور الأسبوعي » ١٩٥٩ من ٤٧ وما بعدها بند
٢٢ ، ماري وريشو : القانون المدني ج ٢ المجلد الأول - باريس ١٩٦٢ بند ٩٠
والعاشية ٢ .

(٢) السنهوري : الوسيط ج ١ بند ٨٢ من ١٩١ بند ٨٥ من ١٩٢ (وان يكن
الطامة السنهوري قد انتهى في الجزء السابع من « الوسيط » الى الأخذ بنظرية ارادة
النائب - انظر الوسيط ج ٧ ، المجلد الأول ، بند ٣٠٠ من ٥٧٨ و ٥٨١) وحظي
بهمج بندي بند ٥٠ من ٨٧ ان النقد الذي يلقفه النائب انما يشترك فيه ارادة النائب
والنائب المتعاقد معه والأصل . وارادة النائب تتفاوت في الآثار بتفاوت الحرية التي تركه
له في العقد والتطبيق الدقيق لقواعد الترجيح يؤدي بنا الى الرجوع الى ارادة النائب
في كل ما كان له الحرية في تصريفه والى ارادة الأصل في كل ما فرض على النائب .
وحشمت أوستيت بند ١٢٢ - كما اختار هذه النظرية كذلك شقيق شحاته في ختام بحثهم
« فكرة النيابة في القانون الروماني » مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٤٥ بالترسية
من ١٧٢ وحاشية ١ - وأتورد سلطان في « النظرية العامة للالتزام » ج ١ بند ٨
من ٦٩ .

(٣) ساجيزي « النيابة » لايرل سنة ١٩٣٣ - جريلاكي في حواشي كنية المحرر :
بمقدمة « بيونجا » المجلد ٣٧ سنة ١٩٢٥ - بولياكي في حواشي صمد الحقوق بكتابة سبينا
المجلد الأول سنة ١٩٢٧ .

أنواع النيابة بل هي تقتصر على النيابة الاتفاقية (١) ثم هي إذ تقرر أن العقد ينمقد جزئيا بإرادة النائب تكفى بهذا التقرير ولا يبحث فيما وراءه عن كيفية رجوع آثار إرادة النائب الى الأصل ومن هنا يتوجه اليها النقد الذى يتوجه الى مذهب إيرنج في صورته الأولى .

• مكرر - ولعل أول نقد يوجه الى نظرية اشتراك الإرادتين أنها لا تكفى بذاتها شرحا لطبيعة النيابة في كافة صورها من قانونية واتفاقية فالنيابة القانونية خارجة أصلا عن نطاق هذه النظرية وحتى بالنسبة للنيابة الاتفاقية نجد أن نظرية اشتراك الإرادتين تقتصر عن شمول جميع تطبيقاتها إذ هي لا تتعرض الا للحالات التى يتبع فيها انائب الاتفاقى تعليمات الأصل بالنسبة لبعض عناصر العقد المبرم بطريق النيابة .

أما اذا لم تكن ثمة تعليمات من الأصل الى نائبه الاتفاقى فاجماع القوانين الوضعية على اختلاف النظم القانونية التى تنتمى اليها هو أن العبرة بإرادة النائب وحده ، واذن فلا جدوى من نظرية اشتراك الإرادتين في تفسير طبيعة النيابة الا بالنسبة لحالات معينة هي استثناء من الأصل العام .

وليس أدل على ذلك من أن القانون المدنى الايطالى والقانون المدنى السودانى الملغى - وهما التقنينان الوحيدان اللذان تأثرا بنظرية اشتراك الإرادتين - ينصان على أن العبرة في قابلية العقد

(١) اعترف تاريخى عند اعتناقه هذه النظرية بهذه الصور فقال ان اشتراك الإرادتين وتعاونهما أوضح في حالة النيابة الاتفاقية أما في النيابة القانونية والقضائية فان القانون يحل محل إرادة الأصل . انظر روست ص ١٠٣ - ١٠٣ وديوج ص ٢٢٢ . ويصح هنا أن نقول ما سبق أن قلنا اليه (بند ١ حاشية ٢) من أنه في الفرض الذى نعتبر فيه الادارة التعاقدية إرادة الأصل لا تكون هناك نيابة حقيقية أصلا وتعتبر العقد في ذلك الخصوص صادرا من الأصل مباشرة والنائب مجرد رسول واذن فيصح استبعاد فكرة النيابة الحقيقية في كل هذه الصور .

للإبطال بسبب عيب الرضا هي بإرادة النائب كما ينصان على الرجوع إلى شخص النائب بالنسبة للظروف الخاصة المتعلقة بالإرادة (المادتان ١٣٩٠ و ١٣٩١ مدنى ايطالى والمادة ٨٩ مدنى سودانى) وبعد تقرير هذه القاعدة التى لا تسمحنا بشأنها نظرية اشتراك الارادتين يجرى القانون المدنى الايطالى والقانون المدنى السودانى الملغى باستثناء القاعدة يبدأ النص عليه بعبارة « ومع ذلك » ومؤدى هذا الاستثناء الرجوع الى شخص الأصل بالنسبة لميوب الرضا وللظروف الخاصة المتعلقة بالإرادة وذلك بالقدر الذى أسهمت به إرادته فى العقد المبرم بطريق النيابة •

لذلك فالقول بأن القانون الايطالى أو القانون السودانى الملغى بأخذ بنظرية اشتراك الارادتين ينبغى فهمه فى حدود ما تقدم اذ ليس معنى ذلك القول أن تلك النظرية تكفى لشرح كافة تطبيقات النيابة فى هذين القانونين بل الواقع أن الأغلب الأعم من تلك التطبيقات تأخذ فيه هذان القانونان بنظرية إرادة النائب ويقتصر تأثيرهما بنظرية اشتراك الارادتين على نطاق محدود فى دائرة النيابة الاتفاقية هو نطاق التصرفات التى يجرىها النائب الاتفاقي متبعا بشأن بعض عناصرها تعليمات الأصل •

٥ - ولقد عيب على هذه النظرية - بحق - من جهة أخرى أنها فى توزيعها الإرادة التى يتعقد بها التصرف القانونى بين النائب والأصيل وفى التحليل الذى تستتبعه لمعرفة نطاق تأثير كل من الارادتين وتحديد الإرادة الغالبة فى كل حالة من الحالات تدخل بنا فى تقسيمات لا حصر لها تضى على النظرية غير قليل من التعقيد (١) ثم أنها للسبب عينه تنظر الى النيابة فى عناصرها الداخلية من وكالة عامة أو خاصة

(١) أنظر ليلويانو ص ٤٧٦ •

أو اجارة أعمال الخ . . . وتمتد اعتدادا كبير بالعلاقة المنشئة للنيابة بين النائب والأصيل بينما يتعين الاحتفاظ لهذا النظام بذاتيته حتى يكون للنيابة كيان عام موحد مهما كانت العلاقة الداخلية المنشئة لها فيما بين النائب والأصيل وتحقيق هذه الغاية يتعين صرف النظر عن العلاقة المنشئة للنيابة عند محاولة وضع نظرية عامة لها (١) هذا البر أن نظرية اشتراك الارادتين تجعل الأصيل في وضع ممتاز بالنسبة للغير اذ تعفيه من نتائج سوء نية نائبه كلما كانت الوكالة خاصة محددة مقتضاها في هذه الحالة عدم الاحتجاج على الأصيل بعلم النائب لعيوب المبيع الخفية أو بمصدره غير المشروع (٢) وهو حل لا يتفق واعتبارات العدالة وحسن الآداب ولا يتماشى واستقرار المعاملات أو الحماية الواجبة للغير حسنئذ النية (٣) .

٥٢ - هذا ويبدو لنا أن اشتراك ارادتي الأصيل والنائب في اجراء العقد أو التصرف القانوني الذي يتم بطريق النيابة لا يكون من السهل تصوره اذا ذكرنا أنه في جميع حالات النيابة لا يقع اعلان ارادة أو اجارة أعمال الخ . . . وتمتد اعتدادا كبيرا بالعلاقة المنشئة للنيابة بين الأصيل واعلان ارادة النائب في وقت واحد وانما يكون اعلان ارادة

(١) انظر فيقالتي ص ٢٢٨ .

(٢) المرجع السابق ص ٤٢٩ حاشية بند ٢٥٧ .

(٣) لهذا لم يتردد جانب من الفقه الايطالي - يرغم اطلاق نص المادة ١٣٩٠ من القانون المدني الايطالي - في القول بأن شرط الاعتداد بإرادة الأصيل فيما حدده لثانيه من عناصر التصرف هو عدم الاضرار بالغير حسن النية . انظر جوزيبي ميرابيلي: التطبيق على القانون المدني ، الكتاب الرابع ، المجلد الثاني ، تورينو ١٩٦١ ، ص ٢٨٥ وما بعدها حيث يقول المؤلف (ص ٢٨) « ٠٠ اما اذا لم يكن واضحا الجزء من مضمون التصرف الذي حدده الاصيل مقدما والجزء الذي انفرد النائب بتحديدده وكانت ارادة هذا الاخير خالية في مجموعها من العيوب فيبدو أنه لا يجوز التمسك بما يكون له شاب ارادة الأصيل من عيب فيما يتعلق بعناصر يتضح من بعد أنها كانت محددة مقدما بمعرفة الاصيل ، هذا ولم تعرض هذه المسألة بعد في العمل ولكن الحل الذي نقول به هو الوحيد المتفق وسطيات نظام النيابة »

Mirabelli, Commentario del
codici civile, Libro IV, Tomo secondo, Torino 1961, p. 286.

١٠١ - ١٠٢

الأصل، اما سابقا علم اعلان ارادة النائب (كما في الوكالة) أو لاحقا عليه (كما في الفضالة) ولكنه لا يكون قط معاصرا له — والا انتفت فكرة النيابة وأصبح الأمر مجرد معاونة أو مساعدة من شخص لآخر في اجراء العقد — وعليه ففي اللحظة التي ينمقد فيها العقد الذي يتم مع الغير بطريق النيابة لا تكون لدينا الا ارادة النائب وحدها وهي التي يقوم عليها — بتوافقها مع ارادة الغير — كيان العقد •

٥٣ — ثم أن القول باشتراك الارادتين مؤداه اعتبار النائب مجرد رسول بالنسبة لما هو من نصيب ارادة الأصل في التصرف (١) وعلى هذا الوجه يكون النائب نائبا في حدود ما كانت ارادته مؤثرة فيه ومجرد رسول في خارج هذه الحدود من ذات التصرف . وهو وضع لا يقتصر بذوده على الناحية المنطقية البحتة بل يتعداها الى نواح عملية هامة منها تكييف العقد الذي يجريه النائب مع الغير من حيث اعتباره بين حاضرين أو بين غائبين فهل يعتبر تعاقد النائب مع الغير بين حاضرين في النطاق الذي كانت ارادته مؤثرة فيه وبين غائبين في النطاق الذي يعتبر فيه مجرد رسول ؟ وما المكان والزمان الذي يعتبر مثل هذا التعاقد قد تم فيهما (م ٩٧) ؟ لا شك أن الحرج الذي توقعنا فيه نظرية اشتراك الارادتين في هذا الصدد واضح •

٥٤ — وأخيرا اتقد هذا المذهب من الناحية النظرية البحتة اذ قيل ان الارادة المنشئة للتصرف القانوني هي بمقتضى هذه النظرية ارادة صناعية ملفقة من اجزاء من ارادتين مختلفتين متميزتين هما ارادة النائب وارادة الأصل ، ومثل هذه الارادة المصطنعة المركبة على هذا الوجه لا يمكن أن تكون ارادة تعاقدية لأن الارادة التي يبنى عليها القانون

(١) السلووى : الوسيط ج ١ بده ٨٣ ص ١٩١ وحاشية ١ وفي آخر الاستطال الكبير هذا الوضع ولم يلبه الى ما ينطوي عليه من حدود اخرا الى في المتن ، وان يكن الرأي الآخر للعلامة السلووى هو ما جاء بالتيه السابع من « الوسيط » للمجله الاول بده ٢٠٠ ص ٥٧٨ — ٥٨١ حيث يأخذ بنظرية ارادة النائب •

آثارا قانونية انما هم ذلك النشاط النفعي الموحد الصادر عن الشخص
بقصد احداث أثر قانوني معين ، ولا كذلك تلك « الارادة » الملفقة من
أشياء ارادته ، النائب والأصيل كما هو مقتضى نظرية اشتراك
الارادتين (١)

وهو انتقاد حق (٢) اذا أخيف الى ما تقدم كان ذلك كافيا للتردد
في قبول نظرية اشتراك الارادتين بدورها تفسيريا لطبيعة النيابة في
التصرفات القانونية •

٥٥ - هذا وأن نظرية اشتراك الارادتين لا تتفق وأحكام القانون
الوضعي في مصر وفي البلاد العربية التي استمدت قوانينها المدنية من
القانون المدني المصري ، ذلك أن مقتضى هذه النظرية الاعتداد بإرادة
الأصيل - فيما كانت مؤثرة فيه - عند النظر في سلامة الارادة وفي
العلم ببعض الظروف الخاصة ، فلو أخذنا مثال البيع وكان المشتري
وكيلا صدرت له من موكله تعليمات معينة خاصة بالشئ المراد شراؤه
وكان الموكل يجهل عيوباً في الشئ يعلمها الوكيل فان حكم القانون
في مثل هذه الحالة صحة العقد ويمتنع على الموكل رفع دعوى العيب

(١) انظر في هذا المعنى بالكيولي ص ٣٠٣ •

(٢) مما يلاحظ أن أحد الأختين بهذه النظرية يلجس من قريب في عرضها لها موضع
هذا الانتقاد لا يقرر أنه في كثير من الحالات تكون هناك تجزئة للارادة التعاقدية
partage de volonté un fractionnement de la volonté de contracter
بين النائب والأصيل لكنه مع ذلك لا يبين كيف يمكن مثلا أن تقع تلك التجزئة في
الارادة وذلك التقسيم لها وكانها أمر طبيعي
Falque-Pierrotin : « Le mandat, ses éléments constitutifs », Thèse, Paris, 1933.
p. 38.

وانظر ما جاء عرضا عن التمسك بالارادة في بحث Patrick Devlin عن مسئولية الأصيل
والنائب في حالة التدليس المنشور في The Law Quarterly Review مجلة ٥٣

(سنة ١٩٣٧) ص ٣١٤

« There is no possible way known to philosophy or psychology by which an
intent can be divided ; and no possible reason why the law should try to
invent one. If you cannot find an intent in either the principal or the agent
separately, you will not produce it by knocking their heads together ».

الغنى يعكس ما تقتضيه هذه النظرية وفي هذا الخصوص تنص المادة ١٠٤ من قانوننا المدني (١) على أنه إذا تم العقد بطرق النيباية كان شخص النائب لا شخص الأصل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما وتضيف الفقرة الثانية من هذه المادة ومع ذلك إذا كان النائب وكلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتما أن يعلمها .

وهذه الفقرة لا تتضمن تطبيقا لنظرية التعاون إذ أنها قاصرة على صورة واحدة هي صورة علم الأصل لظروف معينة يجعلها النائب والغاية من هذه الفقرة قطع السبيل على اساءة استعمال النيباية بحيث يتمتع على الأصل مئى النية الاحتماء وراء حسن نية نائبه والتسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو - ولولا الاستثناء الذى تضمنته هذه الفقرة لأمكن أن ينعقد بواسطة نائب حسن النية عقد ما كان يقع صحيحا لو عقده الأصل وهو تحايل لا يمكن أن يجيزه القانون (٢) .

(١) وتقابلها المادة ١٠٥ من القانون المدني السوري والمادة ١٠٤ من القانون المدني الليبي والمادة ٨٩ من القانون المدني العراقي (انظر ما يلى بند ٥٦ وكذلك البندين ٢٧ و ٣٣) والمادة ٧٤ من القانون المدني الجزائري والمادة ١١١ من القانون المدني الاردنى والمادة ١٦٦ من القانون المدني الالماني والمادة ٣١ فقرة ٢ و ٣ من المشروع الفرنسي الايطال وقارب للذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدني (ج ٢ ص ٥٢ من النسخة الفرنسية ومجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٩١ - ٩٢) مثالا آخر هو البيع الذى يتم بين حدين بمصر وبين وكيل للتسرى المتواطىء معه بينما يكون موكله حسن النية غير عالم بحالة البائع وقول الذكرة ان هذا العقد يكون قابلا للطلن بالدعوى البوليصية وهو خلاف ما تقتضيه نظرية اشتراك الارادتين او التعاون اذا فرضنا أن المشترى كان بناء على تعليمات صادرة من الأصل .

(٢) انظر الملائمة السنهورى هذا النظر فى الوسيط ج ٧ المجلد الاول حاشية ص ٥٧٩ ورايه وهو واضح مشروع القانون المدني المصرى - فاطم لكل خلاف حوزمدى تطبيق حكم المادة ١٠٤ وحول دلالتها على النظرية التى يمتثلها القانون المصرى فى طبيعة النيباية .

٥٦ - ويدل على صحة ما نذهب اليه من أن هذا النص في قانوننا المدني لا يعتبر اعتناقاً لنظرية تعاون الارادتين مقارنة ذلك النص بنص المادة ٢/٨٩ من القانون المدني السوداني الملغى ونص المادة ١٣٩١ من القانون المدني الايطالى اللذين يعتمدان تلك النظرية فالنص السوداني كان يقرر أنه « ومع ذلك اذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقاً لتعليمات صدرت له من موكله كان محل الاعتبار * . هو شخص كل من الأصيل والنائب وذلك بالقدر الذى أسهمت به ارادة كل منهما في ابرام العقد » كما يقرر النص الايطالى أنه :

« في الحالات التى يعتد فيها بحسن النية أو سوء النية وبالمعلم أو الجهل بطرف معينة ، يرجع الى شخص النائب فيما عدا ما يتصل بالعناصر التى حددها الأصيل مقدماً * »

فهذان النصان يطلقان قاعدة الرجوع الى شخص الأصيل في كل ما يتصل بعناصر التصرف التى يحددها لنائبه مقدماً أما النص المقابل من القانون المصرى والقوانين العربية الأخرى المستمدة منه (انظر الحاشية ١ في البند السابق) فلا يجعل الاعتداد بارادة الأصيل قاعدة عامة في كل ما يخص العناصر التى يحددها لنائبه وانما يتمحض ذلك النص للحالة الوحيدة التى يكون فيها الأصيل عالماً بطرف معين جهلهما النائب ولا يتسع للحالة العكسية التى يكون فيها الأصيل جاهلاً لطرف يعلمها النائب واذن فليس في نص المادة ١٠٤ فقرة ثانية تطبيقاً لنظرية تعاون الارادتين بل أن كل ما يرمى اليه هذا النص هو الاحتياط لعدم اساءة استعمال النيابة والتوسل بها الى ابرام تصرف لم يكن ليصح لو قام به صاحب الشأن بطريق الاصاله (١) .

(١) « غير أن هذا المبدأ (وهو أن العبرة لمعلم النائب وجهله دون الأصيل) قد يؤول بإضافته الى حالات تناقض منطق المسؤولية وينسخ المجال للأصيل أن يستغل هذا المبدأ بسوء نية للتهرب » من مسئوليات يجب أن يخضع لها . فقد يكون الأصيل على علم ببعض الظروف التى للمعلم بها « تأثير في نتائج التصرف فيلجأ الى إثابة شخص في هذا التصرف جاهل بتلك الظروف ويرسم له « تعليمات معينة ليصرف وفقاً لما كان =

وهذا التحديد لنطاق الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ يتمشى وما نجده مقررًا بشأن أصلها التشريعي وهو الفقرة الثانية من المادة ١٦٦ من القانون المدني الألماني فشرح تلك الفقرة يرون أنه متى كان حسن النية غير متوفر في النائب لعلمه أو لوجوب علمه حتماً ببعض الظروف المعينة فإن الآثار التي يرتبها القانون على حسن النية لا تتولد حتى بفرض توفر حسن النية في الأصل وبصرف النظر عن اعطائه أو عدم اعطائه تعليمات محددة لنائبه (١) ، واذن فهذه الفقرة تقتصر على صورة علم الأصل بطرف يجهله النائب وتضييق عن استيعاب صورة جهل الأصل لطرف كان نائبه على علم به ولا يغير من ذلك أن يكون النائب وكيلًا يتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله .

هذا ولا نعدم في الفقه الألماني رأياً ابنين على إساءة فهم مدى المادة ١٦٦/٢ وهو رأى النقيه ديرنبرج Dernburg الذي استنتج من ذلك النص أن القانون المدني الألماني لم يأخذ بنظرية إرادة النائب وإنما اعتمد نظرية وسطاً ، غير أن هذا الرأي مرجوح في الفقه الألماني الذي لا يرى سائر شراحه في المادة ١٦٦/٢ خروجاً على نظرية إرادة النائب وإنما مجرد تطبيق لمبدأ حسن النية الذي ينبغي أن يمسود المعاملات (٢) ويبدو أن مثل هذا الرأي المرجوح قد تطرق إلى الفقه

= في مثالا السابق أن الأصل عالم بأعمال الدين ومتواطئه معه فوكل وكيلًا بضماء أموال هذا الدين بشحن بعض والوكيل لا يعلم من الأمر شيئاً فمن مثل هذه الحال احتاط القانون فنص على أن الوكيل إذا كان يتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله فليس للموكل أن يتصلك بجهل وكيله لظروف كان يعلمها هو أو كان من الفروض حتماً أنه يعلمها (م ١٠٥) فلم الموكل هنا معيبر ومؤثر لو كان الوكيل حسن النية جاهلاً بجهلك الظروف للأثرة في التصرف .

(مصطفى الورقا - « محاضرات في القانون المدني السوري » من منشورات معهد الدراسات العربية العالية - القاهرة ١٩٥٤ - منه ٧٨ ص ٧٣ - ٧٤)

وأقترح بنفس للنص : السيد عل الفلازي « الوجيز في نظرية الالتزام » الإسكندرية ١٩٥٥ ص ١٢٤ - ١٢٥ .

(١) « سال » في الترجمة الرسمية للقانون المدني الألماني ج ١ ص ٢٠٩ .

(٢) بوسكو - ديمسيفو ص ٣٩٠ - ٣٩١ والمراجع الألمانية للأدوية له .

المصري نتيجة تفسير المادة ١٠٤/٢ على وجه لا يتحمله نصها ولا تبرره
حكمتها ولا ينهض، له سنداً أصلاً التشرعي (١) .

(١) وعلى أساس ما قلتم في لفتن لعلته أنه لا يصح على الإطلاق ما جاء في كتاب الاستاذ المصنف أنور سلطان « النظرية العامة للتأويل » الاسكندرية ١٩٥٥ (ج ١ ص ٥٩/٥٨) من قوله : « ولذا كانت اعادة الاصول قد اشتركت مع اعادة النافذ في ابرام التصرف القانوني كما لو كان النافذ منتج لتعليمات الاصيل في بعض امور القلة » فانه يجب الرجوع كذلك الى اعادة الاصيل لتقدير سلامتها من الميب في حدود هذه التعليمات كذلك يجب الاعتماد بنية الاصيل في حدود التعليمات التي اصدرها للنافذ وفي هذا الحكم نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ - فالواقع ان الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ اشكر لها بسبب اعادة وانما تقتصر على النية (انظر آتفا بندا ٣١) كما ان الاعتماد بنية الاصيل ليس واجبا في جميع الحالات التي يتصرف فيها النافذ وفقا لتعليمات الاصيل وانما يكتف في حالة علم الاصيل بخلاف كان النافذ يجهلها وفي اتقول بغير ذلك تقييد لافلاط حكم الفقرة الاولى من المادة ١٠٤ بغير قيد . ومما لا يخفى من الدلالة ان المثال الوحيد الذي يفرجه الاستاذ في الموضع المذكور من مؤلفه المشار اليه هو مثال الاصيل الذي يعلم باعصار البالغ ويصدق ثوابه الذي يجهل ذلك الطرف تعليمات بشراء عين مملوكة لذلك للدين للمسر ولذا كان هذا الرأي في تفسير المادة ١٠٤ هو بنية ما جاء بالمرجع المذكور (ص ٦٩) من اتقول بان التقييد المادي الذي قد اخذت الفقرة اشتراك الاصلين كان في ذلك القول نظ .

ومن رأى نفسه في مدلول الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ الأستاذ الدكتور عبد الحى حجازى في مؤلفه « النظرية العامة للالتزام » الفقرة ١٩٥٤ ص ٦٣ « ٢٣٩/٢٣٨ ويرد على رأي نفس الاعتراض المقتضى ويلاحظ أن الثالثين اللذين يعترضون المؤلف حاليين، يؤيدون الأصل قبل علما بأن يثرون يعينها النائب ويستثنى المؤلف بقوله « لا يجوز لأصوله سوى النية أن يستعملين من جهل أو من حسن نية النائب لكما أن القانون لم ينفذ الأصل من تحمل آثار سوء نية النائب فيما يحمله آثار سوء نيته هو كان أولى لم لا يجوز البتة أن يمتنع الأصل من النية دعوا بغيره من بن نفسه سوء نية نفسه » - وحتى كانت حكم من هذه الحكم الذى أوردته الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ فإن هذه الملة تنطى لتقدير عدم النص بعبارة والذى لم ي - النص منها لافلاقل قوله فى المؤلف « (٢٣٨) أن مقتضى الفقرة الثانية أن يمتنع - عند النظر فى الأمور السابقة - براءة الأصل وذلك إذا كان النائب وكذا ويعتبر وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله » ويكفى للتدليل على صحة اعتراضنا أن تصور حالة وكيل يعترض ببراءة من تعليمات الموكل ويكون هذا الأخير جاعلا أصناف الأفعال بينما يرفع الوكيل بهذا الفناء له يمتنع شخصيا الموكل فلان القانون العبرى « يعفى الأصل من تحمل آثار سوء نية النائب » .

وأظهر أحمد حليميت أبرز سمات « نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد » ج ١
الطبعة سنة ١٩٥٤ بتد ١٢٧ ص ١٢٠ حيث يقر للزائد أن الراجع الذي يؤدي إليه
النص ويأخذ به وأنهم مفروم القانون هو اقتصار الفترة الثانية من المادة ١٠٤ عل =

والخلاصة أن هذا النص في قانوننا المدني يبعد به عن أن يكون
تكريسا من المشرع لنظرية اشتراك الإرادتين أمران :

أولا - أن مجال الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ هو الظروف
الخاصة المتعلقة بالإرادة ولا شأن لها بعبوب بالإرادة التي يحكمها
إطلاق المبدأ الذي أوردته الفقرة الأولى على ما أوضحنا فيما
تقدم (بند ٣١) •

والثاني أنه حتى في هذا المجال المحدود يقتصر حكم هذا النص
على صورة واحدة هي صورة علم الأصل بظروف كان يجعلها النائب
واذن فمقصود هذا النص مجرد منع الأصل سئء النية من التستر
بحسن نية نائبه ولا دلالة له على اشتراك إرادة الأصل مع إرادة
النائب في إبرام التصرف •

= الظروف الخاصة المتعلقة بالإرادة دون عبوب الإرادة غير أن المؤلف يستحسن إطلاق

حكم هذه الفقرة على عبوب الإرادة كذلك •
وهنا نرى أن أحد أنصار نظرية اشتراك الإرادتين في الفقه المصري يبني اختياره
لا على استقراء الأحكام الوضعية للنيابة وإنما على مطلق الاستحسان مما يخرج بنا من
مجال العلم إلى مجال الفلسفة إذ أن هذا الرأي لا ينطبق بما هو كائن وإنما يتعلق بما
ينبغي - في نظر الباحث - أن يكون ، بينما أن « علم القانون يقتصر بطبيعته على شرح
نظام قائم بغير مناقشة أسسه ، والفقيه يلزمه منطقا بل ضرورة أن ينظر فيما هو
كائن ويقتصر جهده على فهم القواعد الوضعية وتفسيرها على الوجه الصحيح بشر بحث
منه فيما إذا كان في الإمكان أن توجد قواعد أفضل منها ، أما فلسفة القانون فتبحث
فيما يجب أن يكون عليه القانون بالمقابلة لما هو كائن فيه فعلا فهي بذلك تصارض
الواقع العمل بالحقبة المثالية » ديلفيكو « فلسفة القانون » باريس سنة ١٩٥٣ ص ١٦ •

وقد ذهب المذهب هيته الأستاذ الدكتور عبد النعم فرج الصدة (محاضرات في القانون
المدني - نظرية العقد في قوانين البلاد العربية من منشورات معهد الدراسات العربية
المالية - القاهرة ١٩٥٨ - ص ١٤٢) فهو مع تسليمه بأن نص المادة ٢/١٠٤ قاصر على
حالة علم الأصل بظروف يجعلها النائب يرى سحب حكم ذلك النص على عبوب الإرادة
متأفرا في ذلك بنظرية اشتراك الإرادتين ومستبقا الاعتقاد بأن القانون المدني المصري قد
صدر عن تلك النظرية ، وهو اعتقاد لا نرى في النصوص ما يبرره خاصة إذا ذكرنا أن
الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ لم تكن في المشرع الاصل إنما أضيفت في لجنة المراجعة
لحكمة معينة ينطبق بها النص وهي منع الأصل سئء النية من الاعتماد بحسن نية نائبه.

٥٧ - ومما يؤيد القول بأن إرادة الأصيل لا تتغلغل الى التصرف الذى يبرمه النائب حتى فى الحالات التى يتصرف فيها النائب وفقا لتعليمات محددة ما جرى عليه القضاء بشأن تعليمات الأصيل التى يوجه بها النائب وجهة معينة من حيث بعض عناصر التصرف المناب فيه أو من حيث الغرض من الانابة فقد قضى مثلا بأن « الاتفاقات الحاصلة بين الموكل والوكيل بشأن تأجير عقار ما والمقيدة لسلطة الأخير لا يحتج بها على المستأجر الذى تعامل مع الوكيل بعد « اطلاعه على عقد الوكالة الذى يمنح الوكيل سلطة عامة من حيث اختيار المستأجر وقيمة الايجار ومدة التأجير » (١) وكذلك قضى بأنه « متى تصرف الوكيل مع الغير فى حدود الوكالة الصادرة اليه فقد تصرف فى حق الموكل وإن كان التوكيل قد صدر من أجل عملية معينة متفق عليها بين الموكل والوكيل » (٢) واذن فالتضاء لا يرتب فى أمثال هذه الصور أى أثر على التعليمات التى يصدرها الأصيل لنائبه ويعتبر تصرف النائب صحيحا وناظدا فى حق الأصيل طالما كان داخلا فى حدود الانابة بصرف النظر عن مخالفته لتعليمات الأصيل . ولما كانت حالة صدور تعليمات من الأصيل الى نائبه بشأن التصرف موضوع النيابة هى الحالة المثلثى لنظرية اشتراك الارادتين فإن الأحكام القضائية التى أهدرت تلك التعليمات تضيف الى حجج خصوم نظرية اشتراك الارادتين حجة جديدة اذ لو صح أن التصرف موضوع النيابة يتعقد باشتراك إرادة الأصيل مع إرادة النائب لوجب حتما الاعتداد بكل تعليمات الأصيل وتوجيهاته لنائبه ولترتب على ذلك القول بأن مثل ذلك التصرف لا يتعقد لعدم توافق الايجاب والقبول بينما أن الحاصل أن القضاء يعتبر التصرف منعقدا وناظدا فى حق

(١) استئناف مغلط ١٨/٤/١٩٣١ - الحاماة ٢٠/٥٧٣/١٩٣٥ .

(٢) محكمة اسكندرية الابتدائية ٢١/٤/١٩٥٧ - الحاماة ٢٨/٥١٤/١٩٢٥ .

الأصيل ولا يمكن استناد ذلك التصرف في مثل تلك الصور الا الى ارادة النائب وحده (بتلاقيها مع ارادة الغير المتعاقد معه) دون ارادة الأصيل ويمتنع بذلك القول باشتراك الارادتين *

٥٨ - ومع كل ما تقدم لنا استعراضه من الانتقادات الصائبة لنظرية اشتراك الارادتين فانها اجتذبت اليها أنصارا من الفقهاء من بينهم ايطاليان حاولا - كل على انفراد - صياغتها في قالب جديد تحاشيا لما نالها من النقد في صورتها الأولى ، ومن حق استيفاء البحث أن نعرض في ايجاز رأى هذين الفقيهين اللذين يتفقان في أن تصاوغ الارادتين حسب تصويرهما له ليس مجاله تكوين الارادة التعاقدية انتي يقوم عليها العقد أو التصرف الذي يتم بطريق النيابة وانمسا يتحقق هذا التعاون والاشتراك بصورة أخرى تختلف عند أحدهما عنها عند الآخر :

فأولهما جرازياني (١) يقرر أن الارادة التي يقوم عليها كل عقد أو تصرف قانوني لها وجهتان : الأولى تهدف الى تحديد مضمون التصرف وتحقيق آثاره والوجهة الثانية ترمى الى نسبة هذه الآثار الى شخص معين أى الى تعيين الشخص الذي تعود عليه آثار التصرف، فالمشتري مثلا ارادته في عقد البيع لها وجهتان الأولى تهدف الى تحديد المبيع والثمن وسائر شروط العقد وإلى نقل الملكية واستحقاق الثمن وسائر آثار العقد والوجهة الثانية تهدف الى نسبة هذه الآثار والأحكام الى شخصه فيكون هو المستفيد من العقد وتحقق في ذمته آثاره . ففي حالات النيابة يرى هذا الفقيه أنه مع التسليم بأن

Graziani : Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Univ. di (١)
Perugia, vol. XXXVII, 1925 (Série V, vol. 1), pp. 40 et seq.

وأشار اليه مالفايا في مقاله عن طبيعة النيابة ص ٢٧٧

Malvaena, Simone : « Sulla natura giuridica della rappresentanza », Rivista di diritto civile, 1936, pp. 257-305.

الارادة التعاقدية التي يقوم عليها العقد الحاصل بطريق النسيابة هي ارادة النائب فان هذه الارادة تقتصر على الوجهة الاولى أى على تحديد مضمون العقد وتحقيق آثاره ، أما الوجهة الأخرى للارادة وهي الرامية الى تعيين الشخص الذى ترجع اليه أحكام العقد وآثاره فلا يمكن أن تكون الا ارادة الأصل ، وعلى هذا الوجه يتحقق تعاضد الارادتين من غير أن يكون لارادة الأصل دخل مباشر فى تحديد مضمون العقد وآثاره وهي الوجهة التي تستل بها ارادة النائب •

أما المحاولة الثانية لصياغة نظرية تعاون الارادتين فى ثوب جديد فقد قام بها بوليأتى (١) الذى يقرر أن الارادة التي يقوم عليها العقد هي ارادة النائب ولكن النائب يعلن ارادته هذه مجردة عن المضمون المادى أى يعلن ارادة فى ذاتها يترتب عليها باعتبارها المظهر الخارجى للعمل الارادى الآثار التي يقررها القانون • أما المضمون المادى لهذا العمل الارادى فتحده ارادة الأصل واذن فتكون ارادة النائب باعتبارها عملا اراديا مجردا هي المنشئة للعقد بينما موضوع هذا العمل الارادى ومضمونه تحدده ارادة الأصل •

وقد تبني فكرة جرازيانى فقيه فرنسى هو جان كلاريز فى رسالة للدكتوراه من جامعة ليل سنة ١٩٤٩ (٢) اذ يذهب الى أن ارادة النائب تقوم بتحديد مضمون الالتزام contenu de l'obligation بينما تقوم ارادة الأصل بايجاد الرابطة القانونية lien de droit بين ذلك الالتزام وبين دمه الأصل •

Pugliatti : Annali dell'Istituto Giuridico dell'Univ. di Messina, vol. (١)
2, 1927, p. 184.

• وانظر مالتانيا لكال الذى سبقت الإشارة اليه من ٢٧٧ - ٢٧٨ •

Clarise, Jean : « De la représentation, son rôle dans la création des obligations », Lille, 1949, pp. 176-177 et 222.

هذا ولم يفر صاحب هذه الرسالة الى مؤلف جرازيانى ولعله وصل الى ذات الفكرة نتيجة بحث مستقل •

٥٩ - والحق أن هذين الرأيين على طرافتهما يشوبهما عيب مشترك مبته أن تشريح الارادة التعاقدية على هذا الوجه ، وتقسيما قسمن يعزى أحدهما للنائب والآخر للأصيل هو أمر بعيد عن الواقع ولا يستقيم مع حقيقة الارادة التي هي في ذاتها حالة نفسية معبنة لا تحتمل التجزئ والانقسام الا على وجه مصطنع كالذي جاء به هذان الفقهاء وكنتيجة لذلك وصلت على يديهما نظرية تعساوان الارادتين - التي صدرت في أول أمرها عن رغبة في النظر الى موضوع النيابة نظرة عملية واقعية - الى درجة من التجريد أبعدتها عن حقائق الأشياء . ثم أن قول الأول (جازياني) أن النائب يريد مضمون العقد الذي يتم بطريق النيابة والأصيل يريد نسبة هذا العقد اليه لا يسنده المنطق لأن الذي تنصرف ارادته الى مضمون العقد لابد أن تنصرف أيضا الى توجيه آثاره في وجهة معينة اما الى نفسه واما الى غيره ، اذ لا يتصور أن يريد الشخص أمرا معينا ومع ذلك لا يريده لا لنفسه ولا للغير فما العمل الارادي الا توجيه قوى النفس الى تحقيق أمر خارجي عنها اما للشخص واما لغيره . فاذا كان مفهومًا أنه في حالة النيابة تتجه ارادة النائب الى صرف آثار العقد الى غيره أى الأصيل فانه لا يتصور أن يريد النائب تحقيق آثار العقد في ذاتها دون أن ينسبها الى نفسه أو الى غيره فان معنى ذلك أنه يريد أمرا لا لأحد وهو غير معقول .

وكذلك فان رأى بوياتي لا يثبت على التمهيص فان مؤداه أن العمل الارادي يمر بدورين ففي الدور الاول تنقرر الارادة المجردة وفي الثاني يتحدد موضوع الارادة او مضمونها المادى ، ولكن كيف نستطيع أن نتصور أن الشخص « يريد » فقط ارادة مجردة

لا موضوع لها (١) ثم أنه يريد شيئاً معيناً فيحدد موضوع ارادته المجردة الأولى ؟ هذا ما يريد أن يقول به بولياني ليصل الى تعاون ارادتي الأصيل والنائب فينسب الى الأصيل الدور الثاني الخاص بتحديد موضوع الارادة وينسب الى النائب الدور الأول الى الارادة المجردة - هذا مع ملاحظة أنه في النية الاتفاقية يكون دور تحديد المضمون المادى الذى ينسب الى الأصيل سابقاً دائماً لاعلان ارادة النائب التى يريد بها هذا الفقيه مجردة عن المضمون المادى فكيف اذن يستقيم فى الذهن أن نسلم بتحديد المضمون المادى لارادة لم تصدر عن صاحبها بعد ؟ لا رب أن هذا التحليل المصطنع للعمل الارادى يوقنا فى المتناقضات ويعد بنا عن جادة الصواب . ثم أن مؤدى رأى بولياني أن الأصيل ينفرد بتحديد مضمون العقد الذى يتم بطريق النيابة اذ يقتصر دور النائب على مجرد ابرام العقد بعمله الارادى المجرد (كمن ينفخ الروح فى تمثال سواء غيره !) فما هى اذن قيمة هذا التعاون والاشترك ولماذا لا نمود اذن الى مذهب سافنى ؟

٦٠ - هذا وان المشروع التمهيدى الأول للقانون الموحد فى شأن النيابة الذى وضعه « المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص » فى سنة ١٩٥٥ كان قد تبني نظرية اشترك الارادتين وهو ما ينطق به نص المادة ١٢ من ذلك المشروع .

ومع ذلك فان التقرير المرافق للمشروع والذى وضعه الأستاذ ادوار موربتر مبرز من جامعة ليدن - وهو بمثابة مذكرة تفسيرية للمشروع - يتضمن الاقرار بأن « الاجماع متعقد فى جميع البلاد على

(١) ونلاحظ هنا أن علماء النفس فى تحليلهم للعمل الارادى يحصلون تصور موضوع الارادة اول مراحل العمل الارادى - انظر ألفا بند ١٦ - ولقد قيل بحق انه « لا يمكن لشخص أن يريد دون أن يريد شيئاً معيناً »
« On ne peut pas vouloir, sans vouloir quelque chose », Michoud, t. I, p. 104.

أنه في تحذير عيوب الرضا ينبغي - أساسا - الاعتداد بشخص النائب ، وأن النائب كذلك هو المرجح في الحالات التي يكون فيها العلم أو الجهل بوقائع معينة مؤثرا في صحة العقد أو آثاره » .

ثم يستطرد التقرير الى أن ثمة حالات يتعين فيها القول بأن ارادة الأصل وكذا علمه أو جهله بوقائع معينة هما المؤثران في العقد، ويسوق التقرير بهذا الصدد مثالين :

(أ) حالة الوكيل الذي يتصرف وفقا لتعليمات معينة صادرة اليه من موكله . ويقول التقرير أن هذه الحالة مأخوذة عن المادة ١٦٦ من القانون الألماني والمادة ١٣٩٠ من القانون الإيطالي .

(ب) حالة علم الأصل أو جهله بوقائع معينة مؤثرة في التعاقد .

ومن أجل استيعاب هذه الأحوال اعتمد واضعو المشروع نص المادة ١٢ منه على وجه « يسمح بالاعتداد اما بشخص النائب واما بشخص الأصل واما بشخصيهما معا تبعا للتأثير الذي كان لكل منهما أو لكليهما في إبرام التصرف ، واذن فهذه القاعدة تجعل في الامكان مراعاة الظروف الخاصة بكل حالة على حدة » .

ولا يفوتنا بادية ذي بدء أن نشير الى ما في اسناد المثال الأول الذي أورده التقرير الى القانون الألماني (م ١٦٦) والقانون الإيطالي (م ١٣٩٠) من بعد عن الدقة . فان المادة ٢/١٦٦ من القانون الألماني تقتصر - كما سلف لنا البيان - على حالة واحدة هي حالة علم الأصل بواقعة مؤثرة في التعاقد كإن يجهلها النائب ، ولا ينسبط هذا النص على جميع الحالات التي يعمل فيها الوكيل طبقا لتعليمات موكله ، ونطاقه من هذه الوجهة مطابق لنطاق الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ من القانون المدني المصري . أما القانون الإيطالي فهو وحده الذي يمتد

بشخص الأصيل كلما اختص الأمر بعناصر كان قد حددها لنائبه مقدما
(المادتان ١٣٩٠ و ١٣٩١) •

وعلى ذلك فالجمع بين القانون الألماني والقانون الإيطالي كسند
للقول بوجوب الاعتداد بشخص الأصيل كلما كان النائب يتصرف وفقا
لتعليماته المحددة هو من قبيل التعميم الخطيء إذ أن بين حكم القانون
الألماني (ومثله القانون المدني المصري والقوانين العربية الأخرى
المستمدة منه فيما عدا القانون الألماني السوداني الملغى) وبين حكم
القانون الإيطالي في هذه المسألة بوتا بعيدا •

وبصرف النظر عن هذا الانتقاد - على وجاهته - فإن الحالات
التي يسوقها التقرير لتبرير الأخذ بنظرية اشتراك الإرادتين يبدو على
ضوئها أن ذلك النص يجاوز قصد واضعيه فالحالات المذكورة تسكن
بمعظمها نصوص التشريعات التي لم تمتد تلك النظرية لأن مرجع
تلك الحالات هو الى مبدأ حسن النية إذ القصد هو منع الموكل سوء
النية من الاحتماء بحسن نية وكيله على ما سلف شرحه وهذا القصد
من الميسور بلوغه بغير الاستناد الى نظرية اشتراك الإرادتين وهو ما فعله
المشرع الألماني والمشرعون : المصري والسوري والليبي والجزائري
والأردني وتبقى بعد ذلك دائرة ضيقة تشمل حالات تصرف الوكيل
بناء على تعليمات من الموكل دون أن يصحب ذلك علم الموكل بنظر
كان يجعله الوكيل فهنا يكون مقتضى نص المادة ١٢ من المشروع
الموحد - كحكم القانون الإيطالي والقانون السوداني الملغى - وجوب
الاعتداد بشخص الأصيل دون شخص النائب كلما تعلق الأمر بما حدده
لوكيله مقدما من عناصر التصرف •

فإذا ما ذكرنا أن القانون الإيطالي كاد ينفرد بهذا الحكم وتذكرنا
كذلك وجوه النقد الهامة التي تتعرض لها نظرية اشتراك الإرادتين

والتي أسلفنا الإشارة إليها ، انتهينا الى أنه كان يستحسن ألا يأخذ المشروع التمهيدى الموحد بتلك النظرية على ذلك الاطلاق الذى يتم عنه نص المادة ١٢ والذي يبدو أنه يجاوز القصد الذى يسفر عنه التقرير التفسيرى خاصة وأن نظرية اشتراك الارادتين لا تتفق وأحكام قوانين معظم الدول التى يراد لها أن تنبنى هذا المشروع بل يكاد القانون الايطالى - كما قلنا - أن ينفرد باعتماد تلك النظرية ، ولعل لوجود غالبية من الفقهاء الايطاليين بين أعضاء اللجنة التى وضعت ذلك المشروع التمهيدى دخلا فى هذا الاتجاه الذى يتجلى فى المادة ١٢ منه *

ومهما يكن من أمر فإن هذا النص الذى كان يأخذ بنظرية اشتراك الارادتين قد حذف من المشروع المعدل الذى وضعته لجنة من مندوبى حكومات الدول الأعضاء فى المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص والذي صدر عن المعهد فى أكتوبر سنة ١٩٧١ (انظر نص المشروع فى ملحق الكتاب) *

المبحث الثالث

فى النظرية المبنية على القانون الوضعى

٦١ - ظهرت هذه النظرية كأثر من آثار رد الفعل الذى لاقاه مبدأ سلطان الارادة فى الفقه الحديث ، ذلك أن النظريات السابقة القائمة على الارادة تنبث جميعها عن فكرة واحدة مبناها أن الارادة منتجة لآثار قانونية واذن فطيعى أن نبث عن تفسير رجوع آثار عقد من العقود ، أو تصرف من التصرفات القانونية الى الأصل دون النائب - نبث عن تفسير ذلك فى الارادة سواء ارادة الأصل أو ارادة النائب أو كلتاها على ما رأينا ، وهذه الفكرة الأساسية التى تقوم عليها النظريات المتقدمة هى صدى لمبدأ سلطان الارادة الذى

يفهم كافة الأوضاع القانونية على أساس إرادة الأفراد ويجعل تلك الإرادة مصدر جميع الآثار في الميدان القانوني (١) .

ولقد لقي هذا المبدأ الذي ازدهر في ظل المذهب الفردي حملات عنيفة منذ مطلع القرن العشرين ، فكان طبيعيا أن يكون للنظريات المناهضة بمبدأ سلطان الإرادة في تفسير طبيعة النيابة نصيبها من هذه الحملات التي قد تعنف حتى تصل إلى حد إنكار النيابة أصلاً والدعوة إلى نبذها من نطاق النظم القانونية ، وقد تعدل شيئاً فتفسر النيابة بالاستناد إلى القانون الوضعي غير معترفة للإرادة إلا بدور ثانوي عرضي .

فاد هذه الحملة في شكلها المتطرف العلامة دوجي الذي قرر أنه بعد دراسته طويلة لفكرة النيابة رأى أنها غير مفيدة أصلاً ، وأن من الواجب استبعادها كلياً (٢) ذلك لأنه يرى - خلافاً لمبدأ سلطان الإرادة - أن من الخطأ القول بأن إرادة الشخص التي يعبر عنها في التصرف القانوني هي السبب المنشئ للأثر القانوني المترتب على ذلك التصرف وقد كان من جراء ترتيب حدوث الأثر القانوني على الإرادة على هذا الوجه - الخاطيء في نظر دوجي - أن اضطر الفقهاء إلى اللجوء إلى فكرة النيابة لتفسير أحكام القانون في كل الحالات التي لا يعبر فيها الطرف في التصرف القانوني عن إرادته فقالوا أن القائم بالتصرف القانوني إنما هو نائب عن صاحب الشأن وبذلك تعود على هذا الأخير آثار التصرف القانوني التي كان من غير المفهوم

(١) أنظر في مبدأ سلطان الإرادة وما تعرض له من مد وجزر السنهوري : نظرية العقد بند ٨٦ إلى ١٣٦ وإيضاحي يهتج بقوى : أصول الالتزامات بند ٤٠ إلى ٤٢ .
(٢) دوجي : « سلطة القانون الدستوري » الطبعة الثانية (باريس سنة ١٩٢١)

ج ١ ص ٣٤٠ .

« Après de longs efforts, je suis enfin arrivé à comprendre qu'elle (la notion de la représentation) est complètement inutile et qu'il faut l'éliminer entièrement » .

— لكونها في هذا المذهب وليدة الإرادة — رجوعها الى شخص نـم
تصدر منه الإرادة ، لولا فكرة النـيابة . والحقيقة عند دوجي ان الأثر
القانوني المترتب على تصرف من التصرفات القانونية ليس وليد الإرادة
الفردية ، وانما منشؤه ترتيب القانون الوضعي لتأثير معينة على هذا
التصرف ، واذن فلا حاجة الى اللجوء لفكرة النـيابة لتفسير رجوع آثار
التصرف القانوني الى الأصل بل يكفي في تفسير ذلك القول بأن
القانون الوضعي يرتب على ذلك التصرف القانوني تلك الآثار التي
تقع في ذمة الأصل (١) . ويضرب دوجي لذلك مثال الوصاية فيقول
أن الوصي وقد منحه القانون الوضعي الاختصاص بالنظر في مصالح
القاصر ورعايتها يقوم بتصرفات قانونية تقع آثارها في ذمة القاصر
وذلك لأن القانون الوضعي نفسه يرتب على عمل الوصي المتصل
بمصالح القاصر تلك الآثار ويوقعها مباشرة في ذمة هذا الأخير .

وعلى هذا الوجه ينتهي دوجي الى الغاء النـيابة وبهذا من دائرة
النظم القانونية وبذلك يختفي نظام النـيابة بتطبيقاتها المتعددة من
الوجود كأنما كان ذلك بسحر سحر يسميه دوجي القانون الوضعي .

٦٢ — لاجرم أن الهجوم العنيف الذي تعرض له مبدأ سلطان
الإرادة كان له ما يبرره من اغراق أنصار ذلك المبدأ في تطبيقه
ومبالغتهم في الانتصار له فلم يكفهم أن جعلوا للإرادة السلطان
الأعلى في تكوين العقود وفي ترتيب آثارها بل زعموا أن لهذا ذلك
السلطان في جميع الالتزامات ولو كانت غير عقدية فالالتزامات
الناشئة عن شبه العقد وعن الفعل الضار هي عندهم وليدة الإرادة
الحرّة وإن كانت ارادة غير مشروعة في الفعل الضار ومشروعة في شبه
العقد ولم يقتصر الأمر على الالتزامات بأنواعها بل تعداها الى سائر

(١) دوجي : المرجع السابق للوضع المذكور .

النظم القانونية فالملكية مثلا هي عندهم قائمة على الإرادة بل هي فكره الإرادة الحرة وقد تجسست في عالم الحقيقة والعلاقات المسائلية هي كذلك وليدة الإرادة لأنها نتيجة الزواج والزواج عندهم عقد ارادي بحت والميراث أيضا يستند الى الإرادة لأنه ليس الا وصية مفترضة وانوصية عمل ارادي . وليتهم وقفوا عند حدود القانون المدني أو القانون الخاص بل قد تمدوها الى ميدان القانون العام فاعتبروا الإرادة أساس القانون الجنائي اذ هي الأصل الذي تستند اليه العقوبة التي ليست الا نتيجة لرضاء الجاني مقدما بتوقيع جزاء جريمته عليه ، واعتبروها الأساس الذي تقوم عليه الدولة طبقا لنظرية العقد الاجتماعي المعروفة وهذا كله اغراق لاشك فيه .

كان هذا الاغراق سببا في رد فعل عنيف تعرض له مبدأ سلطان الإرادة ولكن خصوم المبدأ وقعوا فيما وقع أنصاره من المبالغة (١) اذا نادوا ببذمة مرة واحدة واقصائه من كافة نواحي القانون حتى من دائرته الطبيعية دائرة التصرفات الارادية والعقود بصفة خاصة . ولا مشاحة أن الحقيقة تتوسط بين افراط أنصار المذهب وتفریط خصومه فللارادة ولاشك سلطانها ولها دورها في المجال القانوني ولكن في نطاق معين محصور لا يمدو القانون الخاص (٢) ولا يتجاوز في هذا النطاق الحقوق الشخصية عامة والعقود بوجه خاص فهي في ميدان الحقوق العينية وميدان نظام الأسرة والأحوال الشخصية ضئيلة

(١) يقول الأستاذ رواسست في تقريره منشور بالمجموعة الرابعة من أعمال جمعية هنري كاييتان للثقافة القانونية الفرنسية (باريس سنة ١٩٤٩) ص ١٢٠ « ان في نظرية دوجي من المبالغة أكثر مما كان في النظرية التي حاجبها »

« Il y a sans doute encore plus d'exagération dans sa théorie qu'il y en avait dans celle qu'il (Duguit) a combattue ». Bouast dans un rapport paru dans les « Travaux de l'Association », Henri Capitant pour la culture juridique française », t. IV, (Paris 1949), p. 120.

(٢) ولعل مما لا يغفل من لفتي أن يكون حامل لواء الحيلة عل الإرادة - حتى في مجال القانون الخاص - كبير لثقاه القانون العام في العصر الحديث العلامة دوجي .

الأمر إذ يستأثر الشارع بتنظيم هذين الميدانين ، ولكن بعد هذا التحديد كله لا يسع الباحث المنصف إلا أن يقرر للإرادة الفردية بالسلطان في ميدان الأعمال الإرادية وخاصة العقود فهو ميدانها الطبيعي انذى تستأثر به ولا يمكن أن تنفك عنه وكيف وهو هو ميدان الإرادة التي تتجه الى أحداث آثار قانونية (١) .

ومتى استقر للإرادة سلطانها على هذا الوجه في مجال العقود وسائر التصرفات القانونية - وهو ما يقربه الآن جمهور علماء القانون (٢) ينتفض مذهب دوجي في النيابة في التصرفات القانونية من أساسه ، فضلا عن أن هذا المذهب في ذاته لا يسلم من العيب ، فمع التسليم بأن رجوع آثار التصرف الذي يجريه النائب الى الأصل هو حكم من أحكام القانون الوضعي فيبقى أن تحول آثار التصرف من ذمة القائم به الى ذمة غيره هكذا حكم شاذ يتعين تفسيره واذا فتعرض لنا من جديد هذه الصعوبة التي أراد دوجي أن يحلها عن طريق محوها وطمسها . ثم أن دوجي إذ يضرب في احتجاجه لمذهبه على وتر النيابة القانونية يحسن ولا شك اختيار المثال الذي يبنى عليه حججه فقد يقارب القبول في الذهن لأول وهلة أن يقال ان أعمال الوصي وعقوده المتعلقة بمصالح القاصر تقع آثارها في ذمة هذا الأخير بحكم القانون الوضعي الذي أقام الوصي أمينا على تلك المصالح ولكن ما القول في النيابة الاتفاقية التي لا تقوم إلا بإرادة الأصل ومهما أقيمت نتائجها على عاتق القانون الوضعي فلا بد مع ذلك الاعتداد بالإرادة وتقدير مالها من دور كبير

(١) ولا يقال من هذا ما قد تنقيد به الإرادة في هذا المجال من قيود عملية مرجعها الى قواعد الشكل أو الإشهار أو الإثبات . كما أنه لا حاجة الى القول بأن الإرادة التي تعنيها هي الإرادة الظاهرة المعلنه لا الإرادة الباطنة الداخلية التي ليست الا ظاهرة لنفسه لا يمكن أن يترتب عليها أثر في الميدان القانوني .

(٢) انظر السنهوري : للرجع السابق : سنة ١٩٢ ونظمي : بهجت بقوى : المرجع السابق

عند تبرير آثار النيابة ، فالحق أنه في النيابة الانتفائية لا يمدو دور القانون الوضعي اقرار آثار ارادة الأطراف (١) .

٦٣ - كان من الذين تأثروا تأثيرا كبيرا بأفكار دوجي عن 'لتصرف القانوني مادراى في رسالته عن النيابة (٢) فالمؤلف المذكور بعد أن ناقش طويلا طبيعة التصرف القانوني ونصيب الارادة فيه (٣) انتهى الى تقرير ان دور الارادة في التصرف القانوني لا يتناول احداث آثار ذلك التصرف وانما هو يقتصر على اعمال قواعد القانون الوضعي فالقانون وحده هو الذى يعين آثار التصرفات القانونية والارادة في ذاتها عاجزة عن خلق تلك الآثار وما الارادة في التصرف القانوني الا شرط لانطباق القواعد القانونية التى تعين وتحدد مقدما آثار ذلك التصرف واذن فالارادة لا تخلق تلك الآثار - لأنها محددة سلفا بالقانون الوضعي - وانما هى تعمل القاعدة القانونية وتجعلها تنطبق على واقعة !حال محدثة الآثار التى عيبتها وحددتها تلك القاعدة واذن فآثار التصرف القانوني لا توجد - بتعبير هذا المؤلف - بالارادة (٤) وانما هى توجد عند الارادة (٥) .

(١) رواست ص ١٠٦ وانظر فى نقد نظرية دوجي أيضا - مادراى ص ١٠٢ - ١٠٥

(٢) مادراى : « فى النيابة فى القانون الخاص » رسالة من بورديو سنة ١٩٣٦ .

Madray, G. : « De la représentation en droit privé », Thèse, Bordeaux, 1931.

وان كان المؤلف ينتقد مذهب دوجي للأذى الى أفكار النيابة . انظر الحاشية السابقة .

(٣) للرجع المذكور ص ١٣٤ ما بعدها .

(٤) ex voluntate

(٥) cum voluntate انظر مادراى ص ١٤٥ حيث يقرر ان هذين التعبيرين مأخوذان من جوتو Gouget فى رسالته عن « مبدأ سلطان الارادة فى القانون الخاص » ديجون سنة ١٩١٢ . وتعبير هذين التعبيرين منقول من الغزالي فى « تهافت الفلاسفة » - المسألة السابعة عشرة للضميمة بحث السببية ويذهب فى شأنها الغزالي الى أن ما يظن أنه سببية حتمية ليس الا اقترانا مطردا بين ظاهرتين وينتهى من يبنى بحثه الى القول بأنه « قد تبين أن الوجود عند القى لا يدل على أنه موجود به » ص ٢٢٧ طبعة دار المعارف بمصر .

ويطبق ماداري هذه الفكرة عن التصرف القانوني على النيابة فيقول ان تفسير رجوع آثار التصرف القانوني الى الأصل هو أن توافق ارادتي النائب والغير المتعامل معه قد أعمل القاعدة القانونية الوضعية التي تحكم هذه الحالة وتقضي بأن آثار ذلك التصرف تقع في ذمة الأصل . ويرى المؤلف أن تفسيره هذا ينطبق على كل حالات النيابة من اتفاقية وقانونية وقضائية ففي كل من هذه الحالات تنطلق قاعدة وضعية مقتضاها إيقاع آثار التصرف القانوني للأصل وعليه متى اجتمعت الشروط اللازمة لانطباق هذه القاعدة . ويمدد المؤلف الأمثال على مذهبه فيتساءل لماذا يلزم الوصي القاصر ويكون جوابه لأن القانون يعطيه هذه الصفة ويقضي بأن تصرفاته تحدث آثارها في ذمة القاصر ، ثم يتساءل لماذا تتحمل ذمة الصبي بآثار تصرفات والده الولي الشرعي عليه ويكون جوابه لأن المشرع قرر ذلك في القواعد الوضعية الخاصة بالولاية (١) وعلى هذه الوثيرة يعضى في تطبيق مذهبه على كافة صور النيابة منتها من ذلك الى أن فكرته هي الكلمة الأخيرة في شرح طبيعة النيابة بأنواعها المختلفة .

ولا حاجة بنا الى الاطالة في بيان تأثير صاحب هذه النظرية بآراء دوجي في التصرف القانوني تأثيرا كبيرا ، وقد يكون من الطرف في هذا المقام أن نقرر أن هذه الآراء عن دور الارادة في التصرف القانوني ليست بلدا جديدا في الفقه ولا هي مما لم يسبق اليه العلامة دوجي ومن نحوا حوه ، فان لجمهور علماء الشريعة في ذلك مذهباً مماثلاً مؤداه أن آثار العقود من عمل الشارع وأن ارادة العاقد تنشيء العقد فقط ولكن أحكامه وآثاره تكون من الشارع وأن موضع الاختيار والرضا في إيقاع

(١) ماداري المرجع السابق ص ١٤٨ - ١٤٩ .

الأسباب بإنشاء العقود وأما أحكامها وآثارها فبترتيب الشارع لا بإرادة
العاقد (١) .

٦٤ - ولما كانت نظرية مادراى مبنية على أساس فكرة دوجى
عن دور الإرادة فى التصرف القانونى فينصرف إليها اذن النقد الذى
ملف بالنسبة لنظرية دوجى ، هذا الى أن تفسير آثار النيابة باللجوء
الى القانون الوضعى يبدو لنا تفسيراً ظاهرياً بحثاً يعوزه التوفيق فليس
بكفى فى تفسير تلك الآثار وفى شرح طبيعة النيابة مجرد القول بأن
القانون الوضعى يقرر ذلك فان هذا القول لا تطمئن إليه البصيرة النفاذة
ولا تقتنع به الروح العلمية التى مهما الكشف عن الأسباب المباشرة
للظواهر التى هى محل الدرس (٢) ، فما من أحد ينكر ما للقانون
الوضعى من دور فى التصرف القانونى كما فى كافة المجالات القانونية
فالقانون الوضعى هو الذى يقر آثار الإرادة ويسبغ عليها صفة الالتزام،
وليس فى الاقرار للإرادة بالسلطان فى ميدانها الذى تقدم تحديده تقي
لما للقانون الوضعى من دور هام ولا ادعاء بأن الإرادة فى ذاتها وبمفردها
خلاقة للآثار القانونية ، ولكن ليس معنى هذا التسليم لما دأوى ومن
سلك سبيله بما ذهبوا إليه ، فلا نزاع فى أن القانون الوضعى هو فى
آخر الأمر المصدر البعيد لكافة الآثار القانونية فى كافة الميادين لا فى
ميدان التصرف القانونى وحده - ولكن دون هذا المصدر البعيد

(١) انظر تفصيل ذلك فى محمد أبو زهرة : « الملكية ونظرية العقد فى الشريعة
الإسلامية » مصر سنة ١٩٣٩ بند ١٢٥ - ١٣٩ ولراجع للمذكورة فيه « وانظر وحيد الدين
سوار : التعبير عن الإرادة فى اللغة الإسلامى - القاهرة ١٩٦٠ بند ٥٩٨ وما بعده وانظر
أيضاً بند ٦١٣ حيث يتناول المؤلف الى نظرية القانون الوضعى فى تفسير طبيعة النيابة
لكونها متعلقة مع هذا النظر ولكنه لا يأتى بجديد يدفعه بل يحيل الى آراء دوجى ومادراى .
وكذلك قال بهذا الراى فى تفسير طبيعة النيابة فى اللغة الإسلامى محمد رضا العائى فى
رسالة « الوكالة فى الشريعة والقانون » بغداد ١٩٧٥ بند ٣٣ .

(٢) انظر مادراى نفسه بهذا القصور فى نظريته وذلك فى خاتمة رسالته ص ٢٤٥ -
٢٤٦ .

مصادر مباشرة يعنى بالكشف عنها علم القانون ولا شك أن في الالتجاء لتفسير كل ما يعرض للباحث من الأوضاع القانونية الى القانون الوضعى تبسيطا لعلم القانون يجاوز الواقع ولا ترضاه روح العلم (١) .

كما قد أخذ على مادراى أن مذهبه — حتى مع التسليم به من حيث المبدأ — لا يفسر لك لماذا يترتب على ارادة النائب بمفردها أو باشتراكها مع ارادة الغير المتعاقد مع النائب اعمال تلك القاعدة الوضعية التى ترجع آثار التصرف الى الأصيل ؟ أليس الأقرب الى حقيقة الواقع أن دور القانون لا يتعدى اقرار مضمون الارادة والتصديق عليه وأن الآثار المترتبة على تصرف قانونى يتم بطريق النيابة تترتب في واقع الأمر على الارادة وإن كان الشارع باقراره لها يسبغ عليها صفة الالتزام ؟ ولتأخذ مثال الوكالة : هل التزام الموكل بمقتضى تصرف الوكيل مصدره القانون الوضعى أم مصدره فى الحقيقة ارادة الموكل الذى ارتضى أن يلتزم بارادة الوكيل ثم جاء المشرع وأقر هذا الوضع حين قنن قواعد الوكالة ؟ هذا وإن فكرة مادارى نظرا لاقتربها من مذهب دوجي قد تكون أقرب الى القبول — لأول وهلة — بالنسبة للنيابة القانونية (٢)

(١) قلون سالانييه : « الاطوار الاقتصادية » ص ٣٥ نهاية بند ٣٥٩ : « لقد اراد البعض تفسير النيابة بالاستناد الى القانون الوضعى ولكن ذلك ؟ يعنى شيئا فان كل وقائع الحياة القانونية بكرسها القانون الوضعى والتذكر بأن القانون الوضعى يدرس احدى تلك الوقائع ليس الا مجرد تقرير لحقيقة أولية » .

(٢) أنظر رواست فى تقريره المنشور بالمجموعة الرابعة من « اعمال جمعية هنرى كابتان للثقافة القانونية الفرنسية » باريس سنة ١٩٤٩ ص ١٢٠ حيث يتخذ النظرية الوضعية فى تطبيقها على النيابة الاعلالية بقوله :

« Pour nous ne tenir à la question du mécanisme de la représentation, je dirai seulement que Duguit, et aussi M. Madry, déforment la représentation conventionnelle qui se manifeste sous la forme d'un mandat, en rapportant tout ce mécanisme au droit objectif, c'est-à-dire à la loi. Pourquoi en effet la loi transporte-t-elle les effets de l'acte accompli par le mandataire sur la tête du mandant, sinon parce que mandataire et mandant font ainsi voulu ? Si l'on y réfléchit, on voit que cette substitution du mandant au mandataire dans l'obligation a sa source dans la volonté de l'un et de l'autre, et que la loi ne fait pas autre chose que ne permettre à cette volonté

ولكن حتى في هذا النوع من النيابة يعيب هذه الفكرة اهمالها لما لارادة النائب من دور جوهري لا يقتصر على مجرد اعمال قاعدة من قواعد القانون (١) •

هذا ولا يقتصر أنصار نظرية القانون الوضعي على من ذكرنا فان في عدادهم من الفقهاء الحديثين الايطالي مالغانيا الذي ينتهي من دراسته الطويلة لطبيعة النيابة الى نتيجة لا نقره عليها اذ يقرر أن التفسير الأخير والشرح الوحيد لجميع حالات النيابة هو في ما للقانون الوضعي من السلطان الأعلى (٢) •

de s'accomplir. Ce n'est pas le législateur qui a créé cette situation, ce sont les parties au contrat de mandat. La théorie du droit objectif, appliquée à cette forme de représentation, apparaît comme étant profondément artificielle».

Rouast dans les « Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française », t. iv, p. 120.

(١) دراسة ص ٦٠٧ - ١٠٨ •

(٢) «... giuridicamente la ragione e la spiegazione è una: la volontà sovranità della legge». Malvagna, Simode : « Sulla natura giuridica della rappresentanza », Rivista di diritto civile, vol. XXVIII, 1936, pp. 302-305.

ولعل مما لا يغلو من الدلالة أن هذه النظرية ظهرت والنظام الفاشستي في إيطاليا في ايام سطوته !

الفصل الثاني

نتيجة البحث في طبيعة النبابة

٦٥ - لا شك في أن العرض المتقدم لمختلف النظريات في طبيعة النبابة قد قرب الى الذهن مدى دقة هذه المسألة وما يكتنفها من العوامل المختلفة ويدخل فيها من العناصر المتعددة التي يتعين الاعتداد بها ووضعها في ميزان التقدير قبل الانتهاء الى رأى أخير في هذا الصدد ، ولكن لا يجب أن يذهب بنا ذلك - كما ذهب البعض (١) - الى اليأس من الوصول الى حل لهذه المشكلة والاهتداء الى نظرية مقبولة تبين ماهية النبابة بياضا ينطبق على كافة أحوالها ، فإن الفموض الذى يحيط بهذا الموضوع لا يخلو من دلائل توجه الى طريق الحقيقة من يبحث عنها ويوطن النفس على احتمال مشقة البحث في سبيل الوصول اليها .

ولست جميع النظريات التى تتعرض لبيان طبيعة النبابة ينبغي اعتبارها والاهتداء بهديها لمعرفة تلك الطبيعة فإن منها ما يتعين اطراحه لسبب أو لآخر من الأسباب التى أطلنا الكلام عليها في معرض مناقشتنا لتلك النظريات - وأعنى بما تقدم نظرية الافتراض ونظرية ارادة الوصول ونظرية التعاون الوضعى إذ كانت هذه النظريات عاجزة عن بيان

(١) رواست ص ١٠٨ وانظر ديموج بند ١٥٠ ص ٢٤٢ .

حقيقة النيابة وغير متفقة مع الوقائع التي تنبى لشرحها وتفسيرها كما تقدم لنا بيان ذلك في موضعه ولا محل للرجوع اليه الآن .

ومن بين النظريتين الباقيتين - نظرية ارادة النائب ونظرية تعاون الارادتين - نرى أن تحليل ظاهرة النيابة والنظر في عناصر الارادة التي يعتقد بها التصرف القانوني الذي يتم بطريق النيابة - وهو ما تناولناه بالتفصيل في غير هذا الموضع - يؤدي بنا الى القول بأن ذلك التصرف انما يتم بأرادة النائب وهو ما انتهى اليه ايرنج ثم من بعده ييلون ومن تبعوه .

فقد رأينا أن عنصر الأهلية اللازمة للتعاقد يشترط أن يتوفر في النائب أصله وهو ما يتحقق بكونه مميزا ، أما كمال الأهلية اللازمة للالتزام بأحكام التصرف فلا يشترط في النائب وان كان لابد من توفره في الأصل .

أما عنصر سلامة الارادة من العيوب فقد رأينا أنه مطلوب في النائب دون الأصل .

وكذلك عنصر الظروف المرتبطة بالارادة والمؤثرة في التصرف فينظر فيه الى النائب دون الأصل .

وهذه العناصر الثلاثة هي التي تقوم عليها الارادة التعاقدية .

٦٦ - على أن ذلك لا يعنى انكارنا على ارادة الأصل كل دور في ظاهرة النيابة ، فان الأصل اذ ينيب عنه النائب واذا يصدر اليه تعليماته تلعب ارادته ولا شك دورا غير صغير في ظاهرة النيابة ولكن هذا الدور ينحصر في العلاقة بين الأصل والنائب أى في العلاقة الداخلية للنيابة ولا يتعدى هذه العلاقة الى التصرف القانوني الذي يتم بطريق النيابة ، فان هذا التصرف انما يقوم به النائب والارادة المنشئة له هي

ارادة النائب حتى في حالات النياية المحددة التي يصدر فيها الأصل
لنائبه تعليمات معينة بخصوص التصرف القانوني موضوع النيابة ،
فالارادة - ذلك النشاط النفسى الذى يظهر فى صورة علنية وتترتب عليه
قانونا آثار معينة - هى للنائب الذى يقوم بالتصرف القانونى دون
غيره فالنائب هو الذى « يريد » المقدر ولا يهم مطلقا أن تكون ارادة
النائب وفقا لأوامر وتوجيهات الأصل فحتى حين يتعاقد النائب فى حدود
ومع مراعاة تلك الأوامر والتوجيهات تكون الارادة التعاقدية هى
ارادته لا ارادة الأصل لأنه اذ يتعاقد على ذلك الوجه يجعل من تلك
الارادة ارادته هو الخاصة ، ويقوم حتما بذلك النشاط الارادى الذى
يميزه عن الرسول فهو - ان صح التعبير - يريد طبقا لارادة الأصل
أى تصدر عنه ارادة خاصة به وان تكن مطابقة لارادة الأصل (١) حقا
أن النائب ملزم - بحكم العلاقة الداخلية التى تربطه بالأصل من وكالة
أو غيرها - بأن يتبع تعليمات الأصل ويقوم بالعمل موضوع النيابة
وفقا لتوجيهاته ، وحقا ان انعدام التوافق بين ارادة الأصل و ارادة
النائب قد يؤدى الى سقوط الانابة وبالتالي التصرف القانونى الذى
أجراه النائب ولكن ارادة الأصل مع ذلك لا تتخلل ولو عن طريق غير
مباشر الى تكوين التصرف القانونى الذى يجريه النائب ولا يمكن أن
تحدد مضمون ذلك التصرف اللهم الا اذا مرت بخاطر النائب وهو يجريه
وبعبارة أخرى الا اذا انصرفت ارادة النائب اليها فصدرت عنه ارادة

(١) وبالتقابلة يجب أن الرسول لا يقوم بأى نشاط ارادى اذ هو يعبر عن ارادة
غيره بدون أن يجعل منها ارادته هو ويسبر عنها باعتبارها كذلك أى باعتبارها ارادة
الغير . انظر كازيرى « بحث فى فكرة الرسول » الكتاب التذكارى للاستاذ كيرونى ج ١
سنة ١٩١٥ ص ٤٨ .

Carboni, Michele : « Sul concetto di nuntius », nei « Scritti giuridici dedicati
ed offerti a Giampaetro Chironi », vol. I (1915), p. 48.

خاصة به مطابقة لارادة الأصل — على ما تقدم — وبقدر ذلك فقط (١)
 الارادة التعاقدية في العقد أو التصرف القانوني الذي يتم بطريق
 النيابة هي اذن ارادة النائب ، وهي نتيجة تقيدها الأحكام الوضعية
 للنيابة ويؤدي اليها تحليل هذه الظاهرة القانونية الى عناصرها على
 ما تقدم.لنا تفصيله في غير هذا الباب .

٦٧ — ولكن تقرير هذه الحقيقة لا يكفي — كما سبق أن قلنا
 أكثر من مرة — شرحا للنيابة وبياناً لطبيعتها وهذا هو المسأخذ الذي
 يرد على مذهب إيرنج والذي حاول غير واحد من الفقهاء معالجته بوجه
 أو بآخر فتصدوا لتكملة هذا المذهب اما بالاستناد الى الفكرة المادية
 للالتزام (بيلون) واما بالالتجاء الى فكرة الوصف (ليفي — أولمان)
 واما بتشبيه النائب بعضو الشخص المعنوي (سافاتييه) وقد سبق لنا
 عرض هذه الأفكار وتقدمنا نقدا نكتفي في هذا الموضع بالاحالة اليه
 ونكرر على أساسه ما قررناه ثمة من أن هذه النظريات لا تصلح في آخر
 الأمر تفسيراً للنيابة أو شرحا كافيا لطبيعتها .

(١) ونستطيع أن نقول من غير أن نعيد عن مسييل الصواب ان ارادة الأصل
 المتضمنة في الأوامر والتعليمات التي يصدرها لنائبه بخصوص العقد أو التصرف القانوني
 محل النيابة (والتي تريد نظرية اشتغاف الإرادتين أن تجعل لها دورا في ذلك التصرف)
 هي أمر يخص العلاقة الداخلية بين النائب والأصل أي العقد الذي يربطهما من وكالة
 أو غيرها ولكن ليس له شأن مباشر بالتصرف القانوني الذي يجريه النائب . انظر في
 الفكرة المتقدمة في المتن بالكيونى ص ٣٠٧ وفيما تقي ص ٤٢٢ وفون توه ر ص ٢٩٤ وبذهب
 للزلف الأخير الى حد القول بنفاذ العقد الذي يجريه النائب بالمخالفة لتعليمات الأصل
 وبأنه يلزم هذا الأخير عادم في حدود السلطة الممنوحة للوكيل وإن كان له أن يرجع عل
 نائبه بطلب التوقيف لتصرفه بالمخالفة لتعليمات السلطة له وقد جرت محكمة النقض
 الصرية على هذا المبدأ في حكم لها صادر في ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٣ (المحاماة
 ٨٨٧/٣٤٦/٣٥) فقت فيه المحكمة بنفاذ عقد صلح أبرمه الوكيل في حدود وكالته
 وقالت من القين الذي كان يحتج به الموكل للقول بخروج الوكيل عن حدود الوكالة .
 وبالتالي عدم نفاذ تصرفه . ان « محل بحث هذا القين وتحديد مدى آثاره يكون في حدود
 علاقة الوكيل بوكاله لا في علاقة الموكل بمن تمادى مع الوكيل في حدود الوكالة » .
 انظر في تعليمات الأصل من حيث تأثيرها على مدى النيابة : ما على بند ١١٥ وما بعده .

وتمثل إذاً بحثنا عن طبيعة النيابة في التصرفات القانونية فانما
تبحث عنها على ضوء الدور الذي للتصرفات القانونية في النظام
الاجتماعي وفي نصيب الإرادة من هذا الدور ؛ ذلك أن التصرفات
القانونية كلها في الأصل ظواهر اجتماعية نشأت عفواً أو بقصد من
أطرافها تلبية لضرورات الحياة الاجتماعية فالحياة في المجتمع البشري
تقوم على تبادل الأموال والمنافع بين أفراد الناس وعلى التعاون
فيما بينهم لبلوغ أهدافهم الفردية والاجتماعية فالأفراد في سعى كل منهم
لتحقيق مصلحته الخاصة وفي عمله على القيام بدوره في المجتمع ،
يحتاجون مثلاً الى أن يرتبط الفرد من أحد الجنسين بفرد من الجنس
الآخر (الزواج) كما يحتاجون الى تملك الأموال وتبادلها (البيع
والمقايضة) والى الاتفاع بما ليس في ملكهم منها (الإيجار والعارية)
والى التعاضد فيما بينهم لبلوغ الأهداف التي لا يستقل الواحد منهم
ببلوغها (الشركة والوكالة) الى غير ذلك من الأغراض والغايات
الاجتماعية والاقتصادية . ولا ريب أن الأفراد قد اصطنعوا - حتى قبل
أي تنظيم قانوني للمجتمع - الوسائل المؤدية الى تحقيق غاياتهم هذه
فنشأت بينهم مختلف المعاملات التي جاء القانون الوضعي من بعد وأسبغ
عليها حمايته ورفعها الى مصاف التصرفات القانونية . فالتصرفات
القانونية إذن هي وليدة الحياة الاجتماعية بالضرورة ، وهي في جوهرها
أدوات يتوصل بها الأفراد الى تحقيق الأهداف العملية - الاقتصادية
أو الاجتماعية - التي يسعون اليها ، أدوات يرتب بها الأفراد مصالحهم
الخاصة تلك المصالح التي يعيها القانون الوضعي اذ يسبغ على
التصرفات القانونية صفة الالتزام .

فكل تصرف قانوني اذن يستهدف غاية معينة وبالتالي فان لكل
قاعدة قانونية تخلق من الظاهرة الاجتماعية البسيطة علاقة قانونية ملزمة
قاية يستهدفها المشرع . واستهداف الغايات لا يمكن أن ينفك عن

التصرفات القانونية ولا عن القواعد القانونية التي تحكمها ، فالسلوك
البشرى - الذى تسن لتنظيمه قواعد القانون - يتميز حتما بأمرين
هما : استهداف غاية ، واصطناع وسيلة وهذان الأمران اللذان يميزان
السلوك البشرى بطبيعته (أى من حيث هو سلوك بشرى) مشاهدان
فى كل ما يصدر عن الانسان على وجه العموم وفى التصرفات القانونية
على وجه الخصوص •

والغاية التى يستهدفها التصرف القانونى هى الوظيفة التى يقوم
بها ذلك التصرف فى النظام الاجتماعى ، ولأجل تيسير أداء تلك الوظيفة
الاجتماعية للتصرف القانونى توضع قواعد القانون • وتيسير أداء تلك
الوظيفة الاجتماعية يجب أن يكون نصب الأعين عند تفسير وتطبيق
قواعد القانون الوضعى وكذلك عند محاولة اقامة البناء النظرى للظواهر
التي ينظمها علم القانون •

ومتى وضعنا نصب أعيننا هذه الوظيفة التى للتصرف القانونى فى
النظام الاجتماعى أمكننا أن نفهم حقيقة الدور الذى تلعبه الارادة فى
التصرفات القانونية • فلتن كان التصرف القانونى اعلانا عن ارادة متجهة
الى احداث آثار قانونية فان النظر الى الوظيفة التى يؤديها التصرف
القانونى فى المجتمع باعتبار الأغراض الاجتماعية والاقتصادية التى
تهدف الى تحقيقها التصرفات القانونية ، يفضى حتما الى القول بأن
الارادة فى التصرف القانونى غير مقصودة لذاتها وانما هى وسيلة بلوغ
الغرض الاجتماعى أو الاقتصادى المقصود من ذلك التصرف •

متى فرقنا فى التصرف القانونى على هذا الوجه بين النتيجة
الاجتماعية أو الاقتصادية التى يرمى اليها وبين الارادة التى هى قوام
ذلك التصرف ، أو بعبارة أخرى متى أمكننا أن نميز بوضوح الغاية
المقصودة من التصرف القانونى والوسيلة الى بلوغ هذه الغاية تبيننا أنه

ليس من المحال عقلا ولا من الممتنع قانونا أن تنفصل الغاية عن وسيلتها فتكون الوسيلة لشخص والغاية لآخر ، ذلك أن وقوع آثار التصرف القانوني للشخص الذي صدرت عنه الإرادة المنشئة له دون غيره واعتبار وقوع تلك الآثار لغير ذلك الشخص شذوذاً وخروجاً على منطق الأشياء إنما هو نتيجة لعدم تفهم دور الإرادة الحقيقي في التصرف القانوني ونتيجة اعتبار تلك الإرادة - التي هي قوام التصرف القانوني - مع آثار ذلك التصرف وحدة لا تنقسم ولا تنقسم ، أو هو ثمرة العجز عن التفریق في التصرف القانوني بين غايته وبين الوسيلة إليها ، وهي نظرة إلى التصرف القانوني سطحية غير نقادة .

وعلى ضوء هذه التفرقة بين آثار التصرف القانوني - وهي الغاية الاقتصادية أو الاجتماعية المقصودة منه - وبين الإرادة المنشئة للتصرف - وهي الوسيلة بلوغ تلك الغاية - يمكننا أن نتفهم عمل النيابة فترى أنه في كل حالة من الحالات التي تعرض فيها النيابة بأنواعها المختلفة نكون أمام غاية مقصودة لشخص معين يتوسل إليها بإرادة شخص آخر غير الذي تتحقق في ذمته الغاية من التصرف القانوني فتكون الغاية للأصيل والوسيلة إليها للنائب . وليس في حكم العقل مانع من اتخاذ إرادة شخص ما وسيلة لبلوغ غاية اقتصادية أو اجتماعية تتحقق لشخص غيره (١) .

(١) فكرة الغائية من الأفكار الفلسفية القيمة بأن تغطي في مجال الدراسات القانونية نتائج طيبة ، ومع ذلك فإنها لم تلق حتى الآن الالتفات الكافي وبخاصة من الفقهاء العرب وقد استلما بهذه الفكرة في تحديد منهج للتكييف في تنازع القوانين (انظر جمال مرسى بدر : « التكييف القانوني في تنازع القوانين في المكان » في كتاب المؤتمر الخامس للباحثين العرب - بيروت ١٩٥٩ و « الحاميات » - السنة الأربعون ، ص ١٧٨ وما بعدها) كذلك استلما إلى فكرة الغائية في تأصيل قواعد الدفاع الشرعي بوصفه من موانع المسؤولية المدنية وذلك في بحث أعدائه في نطاق عملنا بإدارة التقنين في الأمانة العامة للأمم المتحدة ومسوف ينشر ذلك البحث قريباً كوثيقة رسمية من وثائق الهيئة . كما أن للغائية دوراً هاماً في بناء نظرية التحول (انظر أحمد يسري : « تحول التصرف القانوني » رسالة من هيدلبرج ١٩٥٥ الترجمة العربية ، القاهرة ١٩٥٨ وبخاصة ص =

٦٨ - وهذه الفكرة تشرح كافة أنواع النيبابة من اختيبارية وضرورية ، ففي النيبابة الاختيبارية (الاتفاقية) نجد أن الأشخاص المتمتعين بكامل الأهلية يختارون لبلوغ غاياتهم الاجتماعية والاقتصادية الوسيلة التي يرون أنها أوفى بالعرض فاما أن يتوصل الشخص بإرادته هو فيقوم بنفسه بالتصرف القانوني الذي يولد الآثار المقصودة واما أن يتوصل لبلوغ غايته بإرادة شخص آخر يقوم بالتصرف القانوني نائباً عن الأصل الذي تتحقق في شخصه الغاية المقصودة المتولدة عن التصرف القانوني .

وفي النيبابة الضرورية (القانونية) نكون أمام أشخاص يشملهم القانون بحماية خاصة نظراً لصغر سنهم أو قصور عقولهم أو لظروف أخرى قائمة بهم تجعلهم عاجزين كلياً أو جزئياً عن القيام بأنفسهم على شؤونهم وعن بلوغ غاياتهم الاجتماعية والاقتصادية إذ تكون وسيلتهم إلى ذلك - وهي الإرادة - مفقودة أو منقوصة ، فهذا كله يتولى القانون تعيين الأشخاص الذين يتولون ذلك عنهم بأن يجعلوا إراداتهم وسائل لتحقيق غايات تقع في ذمهم ناقصي الأهلية الذين ينوبون عنهم بصفتهم أولياء أو أوصياء أو قادة الخ ...

٦٩ - وإذا عرضنا فكرتنا هذه على محك الأحكام الوضعية النيبابة لم يزدنا ذلك الا ثباتاً ووضوحاً - ولن نستطرد هنا الى سرد

= ١٦٠ - ١٦٥ و ٢٥٢ وختم من ٢٦٤) وكذلك نجد أن لهذه الفكرة شأنا كبيرا في تكييف العقود (انظر احمد زكي الشبثي : « تكييف العقود » (بالفرنسية) ، ومسالمة من القاهرة ١٩٤٤) ، ص ٦٦ وما بعدها) كما يستعان بفكرة القالبية في التمييز بين منصري الالتزام : المدبونية والمسئولية (انظر اسماعيل غانم : « أحكام الالتزام » القاهرة ١٩٥٦ ص ١٨ بند ١٠) . وفي صدد تأصيل الكثير من أحكام التأمينات يلجأ الفقه الحديث الى فكرة القالبية (انظر شمس الدين الوكيل : « نظرية التأمينات في القانون المدني الجديد » ج ١ الاسكندرية ١٩٥٦ ، بند ١١ وما بعده) . وعلى الجسلة فإن إعادة النظر في كثير من النظم القانونية من زاوية الغاية والوسيلة يلقي على تلك النظم ضوءاً جديداً (انظر في ذلك روجيه بيو : « تأثير الصنعة في النظم القانونية على الغاية منها » (بالفرنسية) رسالة من باريس ١٩٥٣) .

هذه الأحكام كلها وإنما تمثل لصحة نظرتنا بأمثلة من أحكام النيابة المختلفة .

فالقاعدة التي تقرها المادة ١٠٤ من القانون المدني المصري في فقرتها الأولى : « إذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما » ، هذه القاعدة التي مقتضاها الرجوع في عيوب الرضا وما إليها إلى إرادة النائب دون إرادة الأصل (١) تفسرها الفكرة المتقدمة فظالما أن الغاية من التصرف القانوني - أي تبيته الاجتماعية أو الاقتصادية - هي للأصل ، والوسيلة إليها - أي الإرادة - هي للنائب كان من الطبيعي لمعرفة مدى سلامة الوسيلة وصحتها وتقدير كفايتها وبحث ما إذا كانت مؤدية إلى غايتها أم لا الرجوع إلى شخص النائب وفحص إرادته والتفتيش فيها عما قد يلحق بها من عيوب ، دون أن يكون لإرادة الأصل دخل في ذلك لأنها في التصرف القانوني الذي يتم بطريق النيابة ليست الوسيلة إلى الغاية منه فلا محل إذن للاعتداد بها .

وعلى العكس ففي كل ما يتصل بالغاية من العقد أو التصرف القانوني وتقدير مدى شرعيتها وبحث ما إذا كانت مباحة قانونا للشخص المقصودة له يرجع إلى الأصل دون النائب ، ومن هنا القاعدة التي تقرر أنه ليس للشخص أن يوكل غيره في تصرف لا يملكه بنفسه ، ذلك أن

(١) ونلاحظ هنا أن هذه القاعدة التي تضمنتها م ١٠٤ عامة على النيابة بنوعها من ضرورية (قانونية) واختيارية (اتفالية) وفي هذه الصومية اعتراف لإرادة النائب بنفسه المور في إجراء التصرف محل النيابة حتى في النيابة الاختيارية (الاتفالية) التي يعين البعض فيها إلى إشراك إرادة الأصل ابتداءا لظواهر الأشياء وخطا منهم بين المقعد الذي تستند إليه النيابة (بين الأصل النائب) وبين التصرف أو العقد الحاصل بطريق النيابة . راجع أيضا بند ٢٨ وما بعده .

القانون وقد حرم شخصا معينا من تحقيق غاية معينة لا يفهم أن يبيع له التوسل لتحقيقها بإرادة شخص غيره ، لأن الغاية محرمة عليه في ذاتها مهما كانت الوسيلة (١) . وكذلك في أحوال سوء نية الأصل كما لو كان عالما باعسار البائع مثلا في حالة الدعوى البوليصة (م ٢٣٨) ففي هذه الأحوال يقع التصرف باطلا أو قابلا للإبطال ولو كانت نية النائب حسنة وذلك لأن القانون في مثل هذه الظروف لا يسمح للشخص تحقيق الغاية من التصرف القانوني فلا تهم اذن الوسيلة التي يتوسل بها الى تلك الغاية سواء كانت ارادته هو أو ارادة نائب عنه ، واذن فيرجع في ذلك كله الى شخص الأصل ، وهذا هو الحكم الذي يستفاد من المادة ١٠٤ فقرة ٢ من القانون المدني .

وأیضا فقاعدة الاكتفاء في النائب الاتفاقي بالتميز وعدم اشتراط تمتعه بالأهلية الكاملة - وهي القاعدة التي نصت عليها المادة ١٩٩٠ من القانون المدني الفرنسي والمأخوذ بها في سائر القوانين (٢) ، تشرحها وتفسرها الفكرة التي تقدم لنا عرضها . ذلك أن أولئك الأشخاص من ناقصي الأهلية الذين يجيز القانون تعيينهم وكلاء ، كالقاصر المميز والمحجور مثلا هم متمتعون فعلا بأصل الأهلية ولهم ارادة صحيحة مميزة ولكن بسبب صغر سنهم أو قصور آخر فيهم منهم الشارع من استعمال تلك الارادة ، والتوسل بها الى غايات اجتماعية أو اقتصادية تقع في ذمهم أنفسهم لاحتمال أن يعود عليهم ذلك بالضرر لعدم اكتمال خبرتهم أو لسوء تقديرهم ، ولكن هذا لا يمنع من امكان توسلهم بإرادتهم هذه - وهي في ذاتها صحيحة مميزة - الى غايات تقع في ذم

(١) وهذه القاعدة مقررة بنص تشريعي صريح في القانون المدني الايطالي الصادر سنة ١٩٢٢ اذ نصت الفقرة الثانية من المادة ١٢٨٩ منه على أنه يشترط في جميع الأحوال لصحة العقد الذي يقوم به النائب ألا يكون العقد المذكور محرما على الأصل .

(٢) رجع أيضا بند ١٩ وما بعده .

أشخاص آخرين مادام هؤلاء قد ارتضوهم نوابا عنهم (١) ومن هنا كان التوكيل الذي يعطى لقاصر مميز أو لمجور - خلافا للقاصر غير المميز أو المجنون - صحيحا وينتج آثاره كاملة ، بمعنى أن العقد الذي يجريه الوكيل المذكور باسم موكله وحسابه تقع نتائجه في ذمة الأخير وعلة هذا أن الوسيلة في الحالة الأولى - وهي إرادة القاصر المميز أو المجور - صحيحة في ذاتها ومؤدية الى غايتها وإن كان صاحبها ممنوعا لطرف معين من استعمالها لحسابه ، بينما في حالة القاصر غير المميز أو المجنون نجد أن إرادته منعدمة أو في حكم المنعدمة مما يجعلها وسيلة غير مؤدية الى أحداث آثار قانونية لا في ذمة صاحبها ولا في ذمة الغير .

(١) لعل في هذه الفكرة دفعا للاعتراض الذي ورد على لسان أحد أعضاء لجنة تنقيح القانون المدني الفرنسي (هو الأستاذ Charpentier) أثناء مناقشات اللجنة إذ قال أنه لا يسوغ في فهمه أن يكون للشخص الممنوع من إجراء التصرف لنفسه أن يجري ذلك التصرف لغيره - « أعمال لجنة تنقيح القانون المدني » ١٩٤٧ - ١٩٤٨ ص ٢٢٤ - وأنظر نظري مدني فرنسي ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٣ ودالوز الأسبوعي ٤٩/١٩٤٣ وسوييه ٢٢/١/١٩٣٥

« Un mandat peut être donné à un incapable dont les actes accomplis pour le compte du mandant échappent aux causes de nullité qui vicieraient les mêmes actes accomplis par l'incapable pour son propre compte ».

وقد طبقت المحكمة هذا المبدأ على حالة المرأة المتزوجة الوكيله عن زوجها فقضت بأنه ليس لها أن تحتج بالملادة ٢١٧ من القانون المدني الفرنسي (التي تلغى أهلية المرأة المتزوجة - ويلاحظ أن ذلك كان قبل صدور قانون ١٨ فبراير سنة ١٩٣٨ الذي عدل مواد المجموعة الخاصة بأهلية المرأة المتزوجة فجعلها كاملة في حدود النظام المالي للزوج) بالنسبة للمعقود التي تقدمها كوكيلة وإن كان لها أن تحتج بها في المعقود التي تقدمها لنفسها خاصة -

وأياها استئناف مصر ٧ مايو سنة ١٩٣٥ - محاماة ٢٩٢/١٢٢/١٦ : « أنه وإن كان من اللازم أن يكون الموكل راشدا إلا أنه لا يشترط الرشد في الوكيل إذ من له قلة في كفاية قاصر ماهر يمكن أن يختاره وكيلا عنه تحت مسئوليته وليس لمن يتعامل مع هذا الوكيل أن يهتم بالتحري عما إذا كان بالغا سن الرشد أو غير بالغ لأن معاملته من الوجهة القانونية هي مع الموكل لأمع الوكيل الذي لا يخرج عن كونه لسان الموكل (كذا) فإن أسماء الوكيل التصرف فيجب على الموكل أن يتحصل بمئة الاسماء لمخاطرته في الاختيار » ونفس للبدأ : استئناف مصر ٨ يونيو سنة ١٩٦٥ للمجموعة الرسمية - ١٤٨/٩٠/١٦

وكذلك القاعدة التي تقضى بأن اثبات النيابة يقع عبثه على عاتق من يستند اليها أو يدعى وجودها ، هي مما تستتبعه الفكرة المتقدمة في طبيعة النيابة إذ أن الأصل أن تجتمع الغاية من التصرف القانوني والوسيلة اليها في شخص واحد بمعنى أن يكون القائم بالتصرف هو الذى ترجع اليه آثاره ، فإذا كنا في النيابة أمام غاية لشخص يتوسل اليها بارادة شخص آخر فطبيعى أن يتعين على من يدعيها اثباتها طبقا للقاعدة العامة في الاثبات وهي أن عبثه يقع على من يدعى خلاف الثابت أصلا .

وأخيرا فإن من شروط النيابة أن تكون لدى النائب نية تمثيل الأصل « فلكي تترتب آثار النيابة أى لكي تقع آثار العقد الذى يعقده النائب للأصيل مباشرة يجب أن يكون لدى النائب نية تمثيل الأصل وأن يعلم المتعاقد معه بذلك » (١) وهذا الشرط تبين علته على ضوء فكرتنا في طبيعة النيابة ، إذ أنه متى اتفقت هذه النية انعدمت فكرة التوسل بارادة النائب لاحداث آثار قانونية تقع للأصيل وعليه واذا فلا تكون هناك نيابة طالما لم يكن النائب وقت اجراء العقد أو التصرف القانونى يقصد استعمال ارادته كوسيلة لبلوغ غاية تخص الأصل وهذا واضح فى التصرفات القانونية التى تتم بارادة النائب المنفردة أما فى العقود فاشتراط علم المتعاقد الآخر بنية النائب فى التعاقد باسم ولحساب الأصل مفهوم طالما كانت آثار العقد مترتبة على توافق الارادتين لا على ارادة النائب وحده . هذا وإن القانون لا يشترط علم المتعاقد الآخر بنية النائب فى التعاقد لأجل الأصل فى الحالات التى يستوى فيها عند المتعاقد أن يتعامل مع الأصل أو النائب (مادة ١٠٦) (٢) .

ومن التطبيقات العظيمة لهذا الشرط من شروط النيابة ما هو

(١) مجلس يجهت بدوى بند ٥٦ .

(٢) انظر فى شرط العلم بالنيابة تفصيلا ما يلى البند ١٣٧ - ١٤٢ .

مقرر فتحها وقضاء في باب الفضالة (وتمنينا هنا بالذات حالات الفضالة التي تتضمن القيام بتصرفات قانونية) من أنه من عناصر الفضالة المميزة نية القيام بالتصرف لحساب وفي مصلحة رب العمل (١) بمعنى أنه اذا كانت ارادة الفضولي لم تنصرف وقت قيامه بالتصرف الى تحقيق مصلحة رب العمل ، فلا تكون هناك فضالة وبالتالي لا تكون هناك نيابة ، وذلك لاتفاء فكرة التوسل بارادة الفضولي لاحداث آثار قانونية في ذمة رب العمل . وهذا ما قرره محكمة النقض الفرنسية في قضية تتلخص وقائعها في أن احدي دور النشر الموسيقية تولت نشر ألحان معينة والدعاية لها اعتقادا بأنها قد اكتسبت حق استغلالها ، ولكن بعد وفاة الملحن طالب ورثته دار النشر بحقوقهم في تلك الألحان التي لم تكن الدار في الواقع قد اكتسبت حق استغلالها كما اعتقدت خطأ وقد واجهت الدار المدعى عليها دعوى الورثة بطلب من جانبها يرمي الى القضاء لها بتعويض مناسب لما قامت به من حسن ادارة مصالح الورثة وذلك على أساس الفضالة فأقرت محكمة النقض الفرنسية (٢) رفض هذا الطلب على أساس أن دار النشر لم تقم بذلك العمل بنية رعاية مصالح الغير بل بالعكس قامت به وهي تعتقد أنها المالكة الوحيدة لحق نشر تلك الألحان ومستهدفة في ذلك لمصلحتها الذاتية ، وبعبارة أخرى يمكننا أن نقول انه لم يكن الناصر في هذه الحالة يتوسل بارادته لاحداث آثار قانونية في ذمة الغير واذن فلم تكن هناك فضالة ولا نيابة . وكذلك قضت المحاكم الفرنسية في دعوى رقمها مستأجر على مالك العقار المؤجر مطالبا اياه

(١) أنظر بلايول وبولانيه ج ٢ بند ١٢١٣ رويست ص ٢٢٥ - ٢٢٦ .
 والسهورى : الوسيط ج ١ بند ٨٧٠ .

(٢) نفس فرنسا ٢٥ يوليوز سنة ١٩١٩ - سيرييه ١٨/١/١٩٢١ . نفس ليهي في نفس فرنسا ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٤٢ سيرييه ١٩٤٢/ملخصات/٤٢ :
 «Le bénéfice de la gestion d'affaires peut être accordé à quiconque a volontairement agi au nom et pour le compte d'autrui». Cass. (civ.), 28 Octobre 1942, Sirey 1942 (Sommaires) 42.

على أساس الفضالة يرد مبالغ دفعها المستأجر سدادا لضرائب مستحقة على مالك العقار ، قضت برفض هذه الدعوى المبنية على الفضالة نظرا لأن دفع هذه المبالغ كان نتيجة غلط وقع فيه أحد تابعي المستأجر ، وقررت المحكمة أن الفضالة تقتض في الفضولي نية العمل لمصلحة الغير (١) ، أو بمباراة أخرى قصد التوسل بإرادته لاجداث آثار قانونية في ذمة رب العمل ، ففي الصور المتقدمة نرى أن القائم بالتصرف القانوني لم تكن لديه وقت القيام به نية خدمة مصلحة الغير وبالتالي فلا يتصور أن يكون قد قصد استعمال إرادته وسيلة لبلوغ غايات اقتصادية تخص الغير ، وعليه فلا تكون هناك نيابة .

٦٩ مكرر - ومن حالات النيابة حالتان لا تغني عنا في نهم أحكامهما الا نظرية ارادة النائب بالصيغة التي طرحها الا وهما حالة النيابة الظاهرة التي تعرفها كل القوانين الوطنية (انظر ما يلي البنود ١٣٣ - ١٣٥) وحالة الأصيل المستتر التي تعرفها الشريعة الاسلامية كما يعرفها القانون الانجليزي وقانون الولايات المتحدة (انظر ما يلي بند ١٥٤) .

ففي حالات النيابة الظاهرة لا يستقيم القول بأن لارادة الأصيل دخلا في انشاء العقد الذي يبرمه النائب الظاهر مع الغير وذلك لأن تلك الارادة متخلفة في حقيقة الواقع بل ان الزام الأصيل أحكام عقد النائب الظاهر مع الغير قد يكون على عكس ارادته الحقيقية متى توفر مظهر النيابة وأمكن نسبة ذلك المظهر الى الأصيل ، فالصحيح اذن أن يقال انه في حالات النيابة الظاهرة يقرر القانون - حماية للغير حسن النية ورعاية لاستقرار المعاملات - ان تلك الوسيلة المستعملة (أعنى ارادة النائب الظاهر) مؤدية الى غايتها (أعنى اكساب حقوق العقد والعقد والتحمل

(١) محكمة لوكسمبورج ٦ فبراير سنة ١٩٣١ - سيريه ١٩٣٢/٤/٢٣ .

بالتزاماته) لا في شخص صاحبها ولكن في شخص من خلق المظهر الموحى بوجود النيابة دون أن يكون لارادة هذا الأخير أى دخل في تكوين العقد المبرم مع الغير .

وفي حالة الأصيل المستتر نجد أن وجود الأصيل فضلا عن شخصيته يكون مجهولا لدى من تعامل مع النائب فالعقد المبرم بينهما لا يمكن إذن أن يقال ان لارادة الأصيل دورا في انشائه والصحيح أن ذلك العقد ناشئ عن تلاقي ارادتي طرفيه المعروف أحدهما للآخر أى تلاقي ارادة النائب وحده مع ارادة الغير المتعامل معه ، أما صرف آثار العقد الى الأصيل المستتر فمرجه أن القانون لم ير بأسا في التوصل بارادة النائب الى غايات اقتصادية تخص الأصيل المستتر وذلك لأن قصد اثنين من أطراف علاقة النيابة الثلاثة قد اتجه الى ذلك ولأن الطرف الثالث فيها لا يضار لكون نظام الأصيل المستتر مقتصر التطبيق على عقود المعاوضات المالية التي لا اعتبار فيها لشخص المتعاقد وأيضا لأن للغير في ظل هذا النظام أن يختار الرجوع على النائب حتى بعد أن ينكشف له وجود الأصيل وتحدد شخصيته بالرغم من قيام العلاقة المباشرة بينه وبين هذا الأصيل .

٧٠ - الآن وقد شرحنا في الصفحات المتقدمة طبيعة النيابة كما تصورناها ودللنا على صحة فكرتنا بتطبيقها على بعض الأحكام الوضعية للنيابة ، نرى أنه يسوغ لنا أن نقرر أن النيابة بوضعها الحالي مظهر للاتجاه الملموس في القانون نحو تخليص التصرف القانوني من عناصره الشكلية والذاتية ، بمعنى أن يكون للتصرف القانوني (الارادة الفردية المتجهة الى احداث آثار قانونية) كيان خاص مستقل غير متوقف على شكل معين ولا مرتبط بشخص بالذات . وبعبارة أخرى أن النيابة خطوة جديدة في طريق الرضائية الذي بدأ من الشكلية المطلقة حين لم يكن لارادة الفرد أثر ما إذا لم تقترن بطقوس وأشكال معينة ثم وصل الى

أقرار مبدأ الرضائية فأصبحت الإرادة المجردة عن أى شكل معين منتجة
لآثار قانونية ولكنها آثار لاصقة بشخص من صدرت عنه الإرادة
لا تتجاوزها إلى غيره ولو أراد هذا الغير ذلك أو اقتضت مصلحة جديرة
بحماية القانون ، إلى أن انتهى الأمر إلى تخلص الإرادة من قيد
الارتباط بالشخص كما تخلصت من قبل من قيد الارتباط بالشكل -
وذلك بأقرار نظام النيابة بشروطه وأحكامه المعروفة فإذا بالإرادة
الفردية وقد استقلت عن الأشكال تستقبل أيضا عن الأشخاص
ويصير لها كيان قانوني مجرد (١) قابل لآحداث آثار قانونية تلحق
شخصا غير الذى صدرت عنه الإرادة وذلك فى كل حالة من حالات
النيابة التى نظمها القانون أى كلما أراد صاحب الشأن ذلك وهو
ما نراه فى حالات النيابة الاختيارية (الاتفاقية) ، أو اقتضت مصلحة
جديرة بحماية الشارع وهو ما يصادفنا فى حالات النيابة الضرورية
(القانونية) •

(١) من مظاهر هذا الكيان القانوني للمجرد الحكم الذى تضمنته المادة ٩٢ من القانون
للدنى المصرى ونصها « إذا مات من صدر منه التصير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن
ينتج التصير أثره ، فإن ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند اتصال التصير بعلم من
وجه إليه » .. فهنا نرى الإرادة وقد أصبحت لها كيان خاص مجرد عن شخص من صدرت
عنه بحيث يبقى قائما ولو زال ذلك الشخص حقيقة أو حكما •

الكتاب الثاني

أحكام النيابة

الباب الأول

في نشأة النيابة ومداها

الفصل الأول

الانساب

٧١ - صفة النائب في القيام بالتصرف القانوني الذي تنصرف آثاره الى الأصل لها مصدران فهي إما أن تستمد من ارادة الأصل وإما أن تستمد الى القانون ولذلك قالوا ان النيابة نوعان : اتفاقية وقانونية - والأصح أن يقال ارادية وقانونية اذ النوع الأول مصدره ارادة الأصل (وسنرى أن تلك الارادة قد تتجلى في غير اتفاق) والنوع الثاني مصدره القانون • (١)

والنوع الأول من نوعي النيابة الذي اصطلح على تسميته بالنيابة الاتفاقية يتميز بخاصيتين نجدهما في جميع تطبيقاته وهما : (١) وجود تصرف ارادي صادر من الأصل لاسباغ صفة النيابة على النائب و (٢) الطابع الاختياري لهذه النيابة بمعنى أن الأصل يستطيع من حيث المبدأ أن يتولى التصرف بنفسه ولكنه يختار أن ينوب فيه عنه النائب •

(١) تنص المادة ١٠٩ من القانون المدني الاردني الجديد على أنه « تكون النيابة التعاقدية اتفاقية أو قانونية » • وللاحظ أن المواد الثلاث الأولى من مواد النيابة في التقنين الاردني تتناول عموميات كان يجب أن يستغنى عن إيرادها التشريع « أما ما في مواد النيابة فيه فهي مطابقة لما يقابلها في القانون المدني المصري عدا المادة ١١٣ (انظر حاشيته البند ١٥١ أدناه) •

أما النوع الثاني المسمى بالنيابة القانونية فطابعه المميز فقدان أية ارادة للأصيل في انشاء الانابة من جهة ضرورة وجود تلك النيابة لمعجز الأصيل عن مباشرة التصرف بنفسه من جهة أخرى •

لهذا يمكننا أن نقسم حالات النيابة جميعها الى نوعين :

١- نيابة اختيارية ، مصدر الانابة فيها ارادة الأصيل وانشاء هذا النوع من النيابة أو عدم انشاؤه وكذلك تعيين شخص النائب أمر متروك لمطلق اختيار الأصيل اذ تنتفي أية ضرورة تدعو بوجه حتى الى أن يحل محله في التصرف نائب عنه أو أن يكون تعيين شخص النائب موكولا الى غيره •

٢ - نيابة ضرورية ، مصدر الانابة فيها القانون ولا مدخل لارادة الأصيل في انشاؤها ولا في تعيين شخص النائب ، بل أن تلك الارادة في معظم صور النيابة الضرورية معدومة أو ناقصة في ذاتها ولهذا احتيج الى هذا النوع من النيابة لامكان القيام بتصرفات قانونية لحساب الأصيل ومن هنا جاءت صفتها الضرورية •

وتعيين شخص النائب في النيابة الضرورية قد يتولاه القانون مباشرة كما في ولاية الأب والجد وقد يتولى القضاء تعيين شخص النائب كما في الوصاية - ولذلك قال البعض بوجود ما سموه بالنيابة القضائية (١) - وقد يكون تعيين النائب راجعا الى ارادة شخص آخر

(١) الحراسة القضائية تمثل في باب النيابة الاختيارية بالنسبة لطالب الحراسة (ان كان شريكا في المال محل الحراسة) لأن منشأها عمل ارادي من الأصيل هو رفع دعوى الحراسة اما تعيين شخص النائب فيلجا فيه الى القضاء لتعدد اصحاب الشأن وعدم اتفاقهم ، وبالنسبة للدمى عليه في دعوى الحراسة تكون أمام حالة نيابة ضرورية لأن ارادته لم تتدخل في انشاؤها بل هي تفرض عليه بولعه كما أن الضرورة قائمة بسبب المعجز الواقعي عن التصرفات القانونية المتعلقة بالمال المشترك نظرا لوجود النزاع • قانون ميد المحكم فراج : الحراسة القضائية في التشريع المصري ، القاهرة ١٩٥٢ بند ٥٣ ص ٥٣ حيث يستعمل التسميم الثلاثي التقليدي الى نيابة اطلاقية ونيابة قانونية =

غير الأصيل كما في حالة الوصى المختار - وأخيرا نجد حالة من حالات النيابة الضرورية يستند تعيين شخص النائب فيها الى ارادته هو وهي حالة الفضالة فالفضولي يتولى شأن رب العمل من تلقاء نفسه والقانون يعتبر التصرف الذى يعقده الفضولي مع الغير نافذاً في حق رب العمل متى توافرت شروط الفضالة ، أما اعتبار النيابة هنا ضرورية برغم توافر الارادة لدى الأصيل في معظم الحالات فمرجهه الى حالة واقعية عارضة لا الى قص قائم بإرادة الأصيل اذ المفروض في الفضالة أن رب العمل ليس حاضرا ليتولى شأنه العاجل بنفسه ومن هنا أوجد القانون هذه الصورة من صور النيابة الضرورية التى لا مدخل في انشاءها لارادة الأصيل والتى يكون تعيين شخص النائب فيها راجعا لارادة هذا الأخير نفسه .

٧٢ - وإذا كانت النيابة الضرورية التى مصدرها القانون بينة المعالم واضحة الحدود بفضل استمدادها من نصوص صريحة لا يتسع معها للنظر مجال ولا يعرض لاختلاف الرأى داع الا قليلا ، فإن النيابة الاختيارية التى مصدرها الارادة ليس هذا شأنها بل ان في تعيين منشئها وفي بيان حدودها وفي ايضاح معالمها مجالا كبيرا للاجتهاد ويعرض بشأنه من المنازعات في العمل ما يقتضى المشرع والفقهاء تخصيص جانب من اهتمامهم بهذا النوع من نوعى النيابة .

وارادة الأصيل المنصرفة الى اعطاء النائب صفة النيابة تشمل

= ولاية قضائية ويعتبر الحراسة نيابة قانونية لأن القانون هو الذى يحدد نطاقها ويبين حالاتها وأركانها وآثارها كما يعتبرها نيابة قضائية لأن القضاء هو الذى يفتى على الحارس صلتها .

فيمما نسميه بالانابة *Habilitation* (١) فالانابة تصرف قانوني بمقتضاه يخول الأصيل نائبه مكنة اجراء تصرف مع الغير تنصرف آثاره الى الأصيل وعادة تكون الانابة مرتبطة بمقد بين النائب والأصيل غالبا ما يكون وكلة ومن هنا نشأ الخلط بين الانابة والوكالة (أو بوجه عام انعقد المرتبطة به الانابة) وهو ما يجب الاحتراز منه لحسن فهم الموضوع اذ أن الانابة وإن كثر اجتماعها مع الوكالة أو مع غيرها من العقود تتميز عنها بطبيعتها ولا تختلط بها .

لذلك كان نص المادة ١٩٨٤ من القانون المدني الفرنسي موضع انتقاد الشراح من زمن غير قصير لأن ذلك النص اذ يقرر أن « الوكالة أو الانابة تصرف بمقتضاه يخول شخص لآخر سلطة اجراء عمل لأجل الموكل وباسمه » (٢) ، يخلط بين الوكالة والانابة اذ يصرف الى كليهما

(١) هذا المصطلح الفرنسي لا يرجع استعماله الا الى عهد قريب نسبيا ولم يدع تمام الديوع (انظر مشروع للمهد الدولي لتوحيد القانون الخاص الصادر سنة ١٩٥٥ وكتاب فرانسوا ريجو للطبوع سنة ١٩٦٣) والمصطلح القديم الذي لا يزال جاريا على اقلام الكثيرين هو *procuracion* وتعريفه عند يوبسكو - وامنتيانو (١٩٢٧) هو : « La procuracion est l'acte juridique par lequel une personne donne le pouvoir à une autre de la représenter vis-à-vis des tiers en général ou vis-à-vis d'un certain tiers ». Popesco-Raminceanu, pp. 415-416.

والمصطلح الفرنسي الجديد أفضل من القديم لأن لفظ *procuracion* متعدد الدلالات فقد يعنى الانابة في ذاتها وقد يعنى الوكالة (وهذا هو استعماله الأصل كما في المادة ١٩٨٤ مدني فرنسي حيث ههنا اللفظ ولفظ الوكالة *mandat* مترادفان) وقد يعنى الورقة المثبتة للوكالة ، أو ما يسمى في العرف الجاري « التوكيل » وهكذا فإن استعمال هذا اللفظ المشترك مدعاة للخلط في الفرنسية أما للمصطلح الفرنسي الجديد فهو أدق في تادية المعنى لاختصاصه بالانابة على الوجه الذي تعرفه نظرية النيابة الحديثة . أما في العربية فإن استعمال لفظ الانابة يطغيا من كل هذا الحرج .
وتتبعني الإشارة الى أن القانون المدني المصري استعمل لفظ الانابة بصدد وضع لا يست للنيابة بالمعنى الدقيق والمعنى به الانابة في الوفاء في (لواء ٣٥٩ - ٣٦١) يجب الاحتراز من الخلط بينها وبين الانابة التي نحن بصدها . انظر تفصيل ذلك فيما يلي
بند ١٩٤ .

(٢)

« La procuracion est l'acte juridique par lequel une personne donne le pouvoir autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom », art. 1984 c.c.f.

فمن التعريف (١) بينما الواقع أن الوكالة بطبيعتها عقد تبادلي يستلزم توافق ارادتي الموكل والوكيل ومؤداه التزام الوكيل بالقيام بعمل قانوني لحساب الموكل ، والائابة تصرف بإرادة منفردة هي إرادة الأصل بسبغ بمقتضاها على النائب صفة النيابة فيمكنه من القيام بتصرف قانوني تعود آثاره على الأصل دون النائب (٢) •

ويحدث في العمل أن تجتمع الوكالة والائابة وذلك حين تكون للوكيل سلطة اجراء التصرف بحيث تعود آثاره مباشرة على الموكل ولكن يحدث أيضا أن تكون الوكالة غير مرتبطة أصلا بائابة وذلك حين يكلف الوكيل باجراء عمل قانوني لحساب الموكل دون أن تصرف آثار ذلك العمل مباشرة الى الموكل بل تنصرف أولا الى الوكيل

(١) بويسكو - دامنيانو ص ٢٢٢ - ٢٢٤ حيث ينقل المؤلف عن اوبري ودو قولهما أن المادة ١٩٨٤ تعرف في الواقع الائابة أكثر من تعريفها عند الوكالة •

(٢) انظر حكم محكمة النقض الصادر في ٢٤ يونيو ١٩٥٤ - مجموعة الأسكام الصادرة من الجمعية العمومية والمائرة المدنية (المكتب الفني) السنة الخامسة رقم ١٤٩ ص ٩٧١ •

« التوكيل عقد لا يتم الا بقبول الوكيل فاذا لم يثبت هذا القبول من اجراء العمل للوكيل فيه أو من أى دليل آخر مقبول قانونا انتفت الوكالة ولم يبق الا مجرد ايجاب بها من الموكل لم يقترب بقبول من الوكيل •• »

والحكم لم يعتبر اعلان الحكم الابتدائي الى وكيله الخصم صحيحا حيث تم تسليم الصورة لشيخ البلد بعد أن رفض المعلن اليه الاستلام وقرر أنه ليس وكيلًا ، وذلك رغم تقديم المستأنف لصورة رسمية من التوكيل اكتفت بها محكمة الاستئناف ثم رأت محكمة النقض خلاف ذلك على ما قلتم •

وهذا الحكم سليم حتى على اعتبار التوكيل « ائابة » صادرة عن إرادة الأصل الفردية كما هو تكييفه الصحيح وذلك لأن الائابة « رخصة » للنائب في التصرف على وجه يلزم الأصل ولكن لا « التزام » عليه بذلك فهذا الالتزام اما ينشأ عن الوكالة وهي عقد لا يقوم الا بايجاب يصادفه البول على ما قرره الحكم • ولا كان ثابتا من وقائع النزاع أن النائب في صورة هذه الدعوى لم يستعمل الرخصة التي خولته اياها الا ائابة بل على العكس رفض أن يتصرف بمقتضاها فلا وجه لالتزام الأصل بتصرفه ويكون قضاء الحكم في اعتباره الاعلان غير صحيح قضاء متققا والقواعد العامة في النيابة ومتشبا مع الفقرة بين « سلطة » النائب وبين « التزام » الوكيل • انظر ما على بند ٧٨ •

الذى ينقلها بعد ذلك الى موكله بتصرف جديد تنفيذا لعقد الوكالة (١) .

٧٣ - ولعل كثرة اجتماع الوكالة والانابة في العمل هي السبب في الخلط بينهما أول الأمر وفي اعتبار الانابة عنصرا من عناصر عقد الوكالة (٢) الا أن الفقه الحديث قد عمل على احكام التمييز بين الوكالة والانابة وقد اتبعت هذا الهدى القوانين الحديثة كالقانون المدني الألماني وقانون الالتزامات السويسرى (٣) كما أن القانون المدني المصرى اذا عرف الوكالة في المادة ٦٩٩ منه بأنها « عقد بمقتضاه يلتزم

(١) وحسب ما في حالة الوكالة بالصولة *commissio* التي أصبحت لها أهمية بالغة في الحياة التجارية الحديثة فهذا النوع من الوكالة هو وكالة من غير انابة - وكذلك الوكالة للسماة اصطلاحا بالاسم للمستمار *prête-nom* وهي التي لا يظهر فيها الموكل في الصرف الذي يجريه الوكيل . انظر حكم النقض الفرنسي (١٠ فبراير سنة ١٩٣٦) دالوز الأسبوعي ١٦٢/١٩٣٦ حيث رتبته المحكمة على عدم نيابة الوكيل عن الموكل نتيجة عملية عامة من الوجهة الخارجية وهي استحقاق الرسم النسبي على انتقال الملكية مرتين مرة على عقد الوكيل مع الغير ومرة أخرى على حكم صادر باعتبار المشتري وكلا في الشراء عن أبيه الذي يصبح المالك الوحيد .

وانظر حكم النقض ١٥ ابريل سنة ١٩٤٣ للحاماة ١٧٠/٦٢/٢٥ وحكم النقض ٢٢ مايو سنة ١٩٤٧ « مجموعة التواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاما » ج ٢ ص ١٢٢٤ رقم ٨ وحكم ملغى الابتدائية ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ للحاماة ١٤ القسم الثاني رقم ٥٤ ص ١٠٣ « اذا كان منشأ التزام الكفيل بطريق الوكالة المستترة وهي التي يتعامل فيها الوكيل مع الغير باسمه خاصة الا أنه في الحقيقة يتعامل لحساب موكله فهو يعتبر أمام الغير أصيلا في الالتزام الا أنه في علاقته مع موكله يعتبر وكلا » . بالمعنى نفسه نقض مدني ٢٥ ابريل ١٩٦٢ - مجموعة للكتب الفنى ٥٧٩/٨٤/١٤ .

(٢) لا تزال قلة ضئيلة من الشراح ماضية في ذلك الخلط بين الوكالة النيابة وبخاصة الفقيه البلجيكي دي باج الذي يقول ان « النيابة هي المنصر الجوهري لعقد الوكالة » وهو من ثم يرى أنه لا نيابة الا حيث توجد الوكالة ولذا لا يرى في الفصول ناتبا نتيجة لانشاء صفة الوكيل عن الفصول ، أما حالات النيابة التي يسميها بالقانونية أو القضائية فهو يؤسسها على « وكالة غير تعاقدية » (دي باج ، ج ٥٥ ، الفقرات ٣٦٦ - ٣٧١)

De Page : *Traité élémentaire du droit civil belge*, 10 tomes, 1943-1950, t. ٧, Nos. 366-371.

وانظر مثل هذا الخلط بين الوكالة والانابة عند جان كاريونيه : نظرية الالتزامات . باريس ١٩٦٢ ص ٢١٢ .
(٣) قول تورر ص ٢٨٨ .

الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل » قد وضعها في موضعها الصحيح باعتبارها عقدا بين الطرفين تنشأ عنه التزامات متبادلة أخصها التزام الوكيل بالقيام بالعمل لحساب الموكل ، ولم يشر في تعريفها الى اسباغ صفة النيابة على الوكيل بخلاف نص المادة المقابلة من القانون القديم التي كانت تنص (م ٥١٢) على أن « التوكيل عقد به يؤذن الوكيل بعمل شيء باسم الموكل وعلى ذمته » وهو تعريف يتمشى الى حد كبير مع تعريف القانون المدني الفرنسي .

واذن فقانوننا المدني قد عنى بهذه التفرقة بين الوكالة وبين الانابة وهو لذلك قد فصل « عقد الوكالة عن موضوع النيابة بوجه عام » فوضع مبدأ النيابة وما يتصل بها من أحكام بين القواعد العامة ... « وجعل عقد الوكالة في مكانه بين العقود المسماة التي ترد على العمل اذ « الوكالة محلها عمل الوكيل . وقد روعي بعد فصل الوكالة عن النيابة « ألا تتكرر النصوص في الموضوعين فاخصت النيابة بالمبادئ العامة « دون نظر الى مصدر النيابة هل هو العقد أو القانون وعرض المشروع « فيها بنوع خاص الى أثر النيابة في العلاقة مع الغير الذي يتعاقد معه « النائب ، أما الوكالة فباعتبارها عقدا بين الوكيل والموكل فقد تركزت « فيها أحكام النيابة مخصصة من ناحيتين :

« من ناحية المصدر فهي نيابة اتفاقية مصدرها العقد ، ومن ناحية الأثر فهي تقف بنوع خاص عند أثر النيابة في علاقة الوكيل بالموكل « أى النائب بالأصيل أما العلاقة بالغير فقد وردت في الوكالة أحكامها « الخاصة بالنيابة الاتفاقية مع الاحالة على مبدأ النيابة بوجه عام في الأحكام الأخرى (١) » .

(١) المذكرة الايضاحية لموضوع تنقيح القانون المدني (على النصوص الخاصة بالوكالة) ويلاحظ على صياغة المذكرة الايضاحية شيء من عدم الدقة في الإشارة الى « المبدأ » بوسيلة مصدر الانابة الاتفاقية بينما مصدر تلك الانابة هو على الدقة ارادة الأصيل التي تتميز عن العقد الذي تصدر بمناسبةه (وكالة كان أو غيره) كما هو مفروض بالمثل .

٧٤ - والفرقة بين الوكالة وبين الاثابة ترجع الى كون الوكالة عقدا يلتزم بمقتضاه الوكيل بالقيام بتصرف قانوني لحساب الموكل ولكن الوسيلة الفنية التي يتم بها ذلك التصرف ليست من جوهر عقد الوكالة ولا من عناصره فالوكيل قد ينفذ التزامه بالقيام بتصرف معين لحساب موكله عن طريق التعاقد مع الغير باسمه خاصة ثم نقل حقوق العقد والتزاماته الى موكله بتصرف جديد كما أن الوكيل قد ينفذ التزامه بالقيام بالتصرف القانوني بطريق النيابة بأن يتعاقد باسم الموكل فتقع آثار تصرفه مباشرة في ذمة هذا الأخير وذلك في الحالات التي يكون للوكيل فيها تلك المكنة ، مكنة اجراء تصرف تقع آثاره مباشرة في ذمة موكله وتلك المكنة هي التي نسميها بالاثابة .

واذن فليس هناك ارتباط حتمى بين الوكالة وبين النيابة فخصيصه الوكالة هي التزام الوكيل باجراء تصرف قانوني لحساب الموكل أما طريقة اجراء الوكيل لذلك التصرف فليست من عناصر الوكالة ، والوكالة بوصفها عقدا بين الموكل والوكيل تقوم مستوفية الأركان والعناصر في كل حالة يبرم فيها الوكيل تصرفا قانونيا لحساب موكله ولو كان ذلك باسم الوكيل خاصة وفي هذه الحالة لا تكون لدينا نيابة . كما أن الوكيل قد يبرم التصرف باسم الموكل فتقع آثار تصرفه مباشرة في ذمة هذا الأخير وذلك متى اقترنت الوكالة باثابة صادرة من الموكل للوكيل وهذه الحالة وحدها تدخل ضمن نطاق النيابة ، ولعلها في العمل أكثر حالات الوكالة ذيوعا غير أن ذلك الاقتران بين الوكالة والاثابة ليس معناه الخلط بينهما فان حصول التصرف بطريق النيابة او عدم حصوله بطريقها ليس متوقفا على وجود عقد وكالة او عدم وجوده وانما هو

يتوقف على وجود الأمانة أو انتفاءها (١) والأمانة ممكنة لا ترتبط بعقد الوكالة بوجه حتمى وإن اقترنت به فى أغلب الأحوال .

٧٥ - وهذا وإن لمقد الوكالة الذى لا ترتبط به أمانة أمثلة ذاتمة فى العمل يندرج أغلبها تحت ما اصطلح على تسميته « بالاسم المستعار » فالاسم المستعار وكيل كسائر الوكلاء تربطه بموكله أحكام عقد الوكالة غير أنه وكيل غير نائب فهو اذ يتصرف لحساب موكله انما يتصرف باسمه هو لا باسم الموكل ولذلك لا ينطوى هذا الوضع على نيابة لانتفاء التعامل باسم الأصل (٢) . وهكذا نجدنا بازاء وكالة استوفت جميع أركانها وشروطها وهى مع ذلك غير مرتبطة بأية أمانة ومن هنا انتقد واضعو القانون المدنى الحالى بحق نص المادة ١٢٠ من القانون القديم لأنها اذ قبلت الوكالة بحصول التعامل باسم الموكل أصبحت تضيق عن استيعاب حالات لاشك فى اعتبارها تطبيقات للوكالة تسرى عليها أحكام ذلك المقعد (٣) .

ولئن كان من اليسير تعداد الأمثلة على الوكالة التى لا ترتبط بأمانة فلقد يبدو من العسير ضرب المثل لحالات فى العمل تنطوى على أمانة مجردة عن عقد الوكالة ، غير أن الواقع أن فى الحياة العملية

(١) فلاتيه : « المقود لحساب الغير » باريس سنة ١٩٥٠ بند ٥٤ ص ٧٠ .

« Il est nécessaire de bien poser les limites existant entre le mandat et la représentation. Celle-ci est le moyen technique de faire des actes juridiques pour le compte d'autrui, en son lieu et place. Le mandat est une convention par laquelle une personne promet à une autre de faire des actes juridiques. Mais le mode de réalisation de ces actes n'est pas forcément établi par le mandat. Ce mode, représentation ou non représentation, découle d'un pouvoir donné au représentant ou de son absence ».

Flattet : « Les contrats pour le compte d'autrui », Paris, 1950, No, 54, p. 70.

(٢) نظير فرنسى (عراض) ١٠ فبراير سنة ١٩٢٦ - دالوز ١٩٢٧/١٩٢٧ وضو

الدائرة المنقر فى هذه القضية هو المستشار بيلون صاحب الرسالة المرونة فى النيابة (كان سنة ١٨٩٧) . وكذلك الوكيل بالمعونة فهو وكيل غير نائب لكونه يتعاضد باسمه لا باسم موكله ، انظر نظير مدنى ٢٣ ماي ١٩٦٣ - مجموعة الكتب المدنى ١٨٤/١٠٤/١٣٦

(٣) المذكرة الايطالية - مجموعة الأعمال التحضيرية ج. ٥ ص ١٨٥ .

أمثلة كثيرة لآثابة تصدر مستقلة عن أية وكالة بين الأصل والنائب ، وإن كان ممسا يصعب مهمة الاستدلال على تلك التطبيقات للآثابة المجردة عن الوكالة ما درج عليه الفقه التقليدى من القول بافتراض قيام الوكالة أو القول بوجود وكالة ضمنية فى كل حالة ينصرف فيها أن تصرف النائب الى الأصل مباشرة •

فمن أمثلة الآثابة المرتبطة بمقد آخر غير عقد الوكالة حالة موظف المحل التجارى الذى يتولى البيع للجمهور فهو يبرم تصرفات ينصرف أرها مباشرة الى الأصل صاحب المحل بموجب آثابة صادرة من ذلك الأصل ارتضى بمقتضاها ايقاع آثار تصرف ذلك الموظف مع زين المحل فى ذمته رأسا ، أما العقد الذى يربط صاحب المحل بنائيه ذاك والذى صدرت بمناسبته الآثابة فليس عقد وكالة وإنما هو عقد عمل والالتزامات المتبادلة بين طرفيه ليست الالتزامات الناشئة عن عقد الوكالة وإنما هى تلك التى يرتبها عقد العمل • وشبه بهذا المثال وضع « الوكلاء » المفوضين للشركات المساهمة فهؤلاء موظفون لدى تلك الشركات تربطهم بها عقود عمل وتصدر لهم بمناسبة تلك العقود آثابة خارجية موجهة الى الغير فى صورة منشورات تبين صفات « الوكلاء » المفوضين ونطاق سلطاتهم فإذا أبرم « الوكيل » المفوض تصرفا مع الغير باسم الشركة فى حدود مكنته انصرف أثر تصرفه الى الشركة رأسا بمقتضى تلك الآثابة الصادرة بمناسبة عقد العمل والمجردة عن كل عقد وكالة •

٧٦ - وربما تراءى للبعض أن يقول فى هذين المثالين وما شابههما أن هناك الى جوار عقد العمل وكالة ضمنية بين الأصل والنائب غير أن هذا القول لا يخرج عن كونه افتراضا محضا لا يؤيده واقع الحال •

فالواقع الملموس، هو أن الرابطة التعاقدية بين الأصل ونائبه في المثاليين المتقدمين تتمثل في عقد عمل هو الذى ينظم علاقتهما وهو الذى يحكم التزاماتهما المتبادلة دون عقد الوكالة المفترض . وذلك الاقتراض ربما كان هناك ما يبرره في الماضي عندما كان كيان النيابة لم يستو بوصفها نظاما مستقلا ينظم الوكالة ولا يقتصر عليها أما الآن وقد استوى للنيابة كيانها الخاص كما أحكم الفقه التمييز بين الانابة وبين ما ترتبط به في العمل من العقود وأخصها الوكالة ، فلا محل مطلقا للذهاب في كل حالة نجد فيها انابة مجردة عن عقد الوكالة الى القول بأن هناك وكالة ضمنية تربط النائب بالأصل ، وانما هي انابة صادرة عن ارادة الأصل بمناسبة رابطة تعاقدية بينه وبين النائب ليس من العثم أن تكون رابطة وكالة .

وكثيرا ما تكون الانابة المرتبطة بعقد عمل غير مفرغة في سند مكتوب بل تستخلص من وضع العامل أو من مسلك رب العمل ، وهنا نكون أمام حالة نيابة ناشئة عن وضع يشغله النائب بالنسبة للأصل (البند ٩٢ أدناه) أو في حالة من حالات النيابة الظاهرة التى سنتناولها في الفصل الثالث من هذا الباب ، أو قد تخلص الانابة من أحكام عقد العمل نفسه ان لم يكن للعامل وضع منشئ لنيابة ولا لرب العمل مسلك منبئ عن وجودها وفي مثل هذه الحالة الأخيرة قضت محكمة النقض المصرية بأنه « لتقرير ما اذا كانت آثار العقد تنصرف الى الأصل أولا تنصرف يتعين بحث العلاقة بينه وبين من ادعى الوكالة عنه ، ومن ثم فلا تشرب على محكمه الموضوع في اعتمادها على عقد العمل المبرم بين الأصل وبين مدعى الوكالة في هي قيام وكالة بينهما ولا يجدى المتعاقد الآخر القول بأنه لم يكن طرفا في عقد العمل المشار اليه اذ كان عليه أن يتحرى صفة من تعاقد معه وحدود تلك

الصفة وله في سبيل ذلك الاطلاع على السند الذي يحدد علاقته بمن ادعى الوكالة عنه فان قصر في ذلك فعليه تبعة ذلك التقصير » (١) •

هذا وأن بعض التشريعات الأجنبية تضمنت نصوصا تناول اناية تصدر من الزوجة الى زوجها بمناسبة الزواج ومن أحكام هذه الانابة في تلك التشريعات ما ينتفى معه قطعاً امكان افتراض الوكالة ولا يبقى الا القول بوجود اناية صادرة من الزوجة الى زوجها مجردة عن كل وكالة • فللمادة ١٥٧٧ من القانون المدني الفرنسي تنص على أنه « اذا أنابت الزوجة زوجها في ادارة أموالها الحرة مع اشتراطها عليه تقديم الحساب فيكون مسئولاً قبلها كمسئولية الوكيل » • ومفهوم المخالفة من هذا النص ، أن اناية الزوجة لزوجها في ادارة أموالها الحرة (الخارجة عن الدواة) اذ لم تقتزن بشرط صريح يلزمه بتقديم الحساب فمقتضاها عدم التزام الزوج بشيء من ذلك وانما هو يتصرف في ادارة تلك الأموال تصرفات تقع آثارها في ذمة الزوجة مباشرة دون أن يقدم عن ذلك أى حساب • ومثل ذلك نص المادة ١٤٠١ من القانون المدني اليوناني : « اذا عهدت الزوجة الى زوجها بادارة أموالها الخارجة عن الدولة دون مشاركة خاصة بتقديم حساب عنها فلا يلزم الزوج ولا ورثته برد الدخل المتحصل من هذه الادارة » • فهنا نجدنا أمام شخص يتصرف تصرفات تلزم غيره رأساً وهو مع ذلك غير مسئول عن تقديم حساب ولا عن رد حصيلة تلك التصرفات وذلك بصريح النص التشريعي • ومتى كان الأمر كذلك فلا يسوغ تفسير هذا الوضع على أنه يتضمن وكالة ضمنية من الزوجة لزوجها لأن من الالتزامات الجوهرية التي يرتبها عقد الوكالة في ذمة الوكيل الالتزام بتقديم الحساب وبرد ما تحصل لحساب الموكل « والتزام الوكيل بتقديم حساب عن وكالته من مستلزمات وجود عقد التوكيل نفسه وهذا

(١) نفس ٢ يناير ١٩٦٦ - للحملة ١١٧/٣٠٧/٥٠ •

الالتزام لا يسقط الا اذا أعفاه الموكل منه اعفاء واضحاً جلياً « (١) • وعلى ذلك فاذا كان هذا الالتزام لا يقوم بين الزوج وزوجته في هذا المثال الا اذا اشترطته الزوجة صراحة وينتفى بمجرد انسكوت عنه فالرابطة بين الزوجين في مثالنا لا يمكن اذن أن تكون عقد وكالة وانما انصراف أثر تصرفات الزوج الى الزوجة رأساً هو بحكم الانابة التي تصدر منها له غير مرتبطة بأية وكالة •

فالأوضاع المتقدمة جميعاً تتضمن كما رأينا انابة مجردة عن الوكالة أى صادرة بمناسبة روابط قانونية أخرى خلاف عقد الوكالة غير أن مقتضى قاعدة تميز الانابة عن العقد الذي ترتبط به أو تصدر بمناسبة لا يقف عند هذا الحد من تمييز الانابة عن الوكالة ، بل يذهب الى امكان تصور انابة لا تستند أصلاً الى أية رابطة سابقة بين النائب والأصيل بل هي انابة قائمة بذاتها غير مرتبطة بأى عقد بين الأصيل والنائب وكالة كان أو غيره • ومثال ذلك :

شخص يتصرف باسم شخص آخر وفي ظنه أنه يقوم بعمل فضولى في حالة لا تتوافر فيها شروط الفضالة ويكون صاحب الشأن في نفس الوقت - وعلى غير علم من المتصرف - قد أصدر انابة خارجية وجهها الى الغير يخول بمقتضاها للمتصرف مكنة إبرام التصرف فاذا تعامل الغير الذي وجهت اليه الانابة مع المتصرف فان أثر التصرف يقع فوراً ومباشرة في ذمة الأصيل اعمالاً لحكم النيابة وبلا حاجة لاقرار لاحق من الأصيل وتكون لدينا اذن انابة قائمة

(١) استئناف مصر ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ للحامدة السنة ١٠ رقم ١٦ ص ٦٢ •
بل ان من أحكام القضاء ما ذهب الى أن كل شرط يخالف التزام الوكيل بتقديم الحساب ويرد المبالغ التي قبضها يعتبر شرطاً غير قائم - انظر استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٨٩١ البلتان السنة ٣ ص ١٦٦ •

بذاتها لم تسبقها ولم ترتبط بها أية رابطة تعاقدية بين الأصل
والنائب (١) .

٧٧ - ولا شك في أن كثرة الالتجاء الى فكرة الوكالة الضمنية
لتفسير حالات النيابة من غير وكالة هي من آثار ذلك الخلط القديم
بين الوكالة والنيابة أو بالأحرى هي من آثار عدم التعرف على النيابة
كنظام قانوني قائم بذاته غير مختلط بعقد الوكالة ولا مستمد منه ولذا
كان الشراح كلما واجهتهم حالات تعود فيها آثار تصرف شخص على
شخص آخر دون أن يربطهما عقد وكالة يمدون الى فكرة الوكالة
الضمنية معتلين تلك النتيجة بوجود عقد وكالة ضمنى بين الأصل
والنائب وقد يسمونه وكالة قانونية اذا كان القانون هو الذى ينص
على تلك النتيجة كما في حالة « الوكالة القانونية » لربان السفينة أو
يكتفون بالاستناد الى وكالة ضمنية يفترضون أنها تربط الأصل
والنائب اذا كان رجوع آثار تصرف النائب الى الأصل غير مستند
الى نص تشريعى يقرر ذلك الحكم صراحة .

ولعل من الأمثلة البارزة على خطأ استعمال فكرة الوكالة الضمنية
ما وقع في أواخر القرن الماضى حين استعارت بعض التقنيات الأوروبية
من القانون التجارى الألمانى تنظيم النيابة عن التجار في الأعمال
التجارية ونظامها في القانون الألمانى قائم على أساس الانابة الصادرة
عن ارادة الأصل وحده (٢) والتي لا ترتبط بأى عقد وكالة ، فقد
تبنى قانون التجارة الايطالى الصادر في سنة ١٨٨٢ هذا النظام
(م ٣٧٠) كما تبعه قانون التجارة الأسبانى (م ٢٨٦) وقانون التجارة
البرتغالى (م ٢٤٩) وقانون التجارة الرومانى (م ٣٩٥) وهكذا فان

(١) انظر يوبسكو - رامنسيانو ص ٤٣١ ولفون تروهر ص ٢٨٨ - ٢٨٩ .

(٢) أو بالأحرى للترتبة على وضع يغطله النائب بالنسبة للأصل ، انظر ما يل

بند ٩٢ تحت رقم ٣ .

هذه التقنيات الأربعة قد استعارت وضعا يقوم في القانون الذي ينتمي إليه أصلا على أساس فكرة الانابة المتميزة عن الوكالة بينما هذه التقنيات المستعيرة كانت في ذلك الوقت لا تميز بين الوكالة والنيابة وتعتبر الثانية مجرد عنصر من عناصر الاولى ولذلك اضطرت هذه التقنيات الى الالتجاء الى « الوكالة الضمنية » وذكرتها صراحة في نصوصها في حين أنه كان من لا يخفى على المتأمل أن فكرة الوكالة لا تتسق مع نظام يقوم على أساس تعبير منفرد عن ارادة التاجر (الأصيل) يدرجه في السجل التجارى أو يسجله في قلم كتاب المحكمة التجارية وتحدد سلطة النائب في هذا النظام لا ارادة « الموكل » بل نصوص القانون التي لا يملك الأصيل معها أن يضيق من دائرة الاعمال التي يستطيع الممثل التجارى أن يقوم بها ما لم يتم عزله في الأحوال المعينة وبالأوضاع المرسومة التي ينظمها القانون (١) .

وحاصل القول أن الانابة وان ارتبطت في العمل أكثر ما ترتبط بعقد الوكالة الا أنها تتميز عنه ولا تختلط به وهي كما ترتبط بالوكالة قد ترتبط بغيرها من الروابط التعاقدية بين الأصيل والنائب بل وقد لا يصعب تصور الانابة مستقلة بكيانها ومتحققة الوجود رغم انشاء كل رابطة تعاقدية بين النائب وبين الأصيل .

٧٨ - ونرى أنه يخلص من المذهب الحديث في التفرقة بين الوكالة باعتبارها عقدا ترتب عليه التزامات متبادلة وبين الانابة باعتبارها ارادة صادرة عن الأصيل مخولة النائب صفة النيابة تميز

(١) ريجر ص ٥٦ F. Rigaux : Le statut de la représentation en droit international privé comparé, Leiden 1963, (Bibliotheca Vissariensis, t. XX), p. 56.

ونظر عرضا موجزا لهذا النظام المسمى *prokura* الذي جاء به قانون التجارة الألماني في شميندوف ص ١٢٠ - ١٢٦ حيث ينقل عن جيركه قوله أن هذا النظام يميز انصارا كاملا للمذهب القائل بالتفوق بين الملاكين الداخلية والخارجية .

واضح بين سلطة النائب في القيام بعمل قانوني تعود آثاره مباشرة على الأصل وبين التزام الوكيل بالقيام بالعمل القانوني لحساب موكله (١).
فالنيابة في جوهرها تخويل للنائب حق إبرام عمل قانوني تتجاوز آثاره ذمة القائم به الى ذمة الأصل بينما الوكالة من شأنها إلزام الوكيل بالقيام بتصرف معين لحساب الموكل ولو بغير طريق النيابة .

٧٩ - وفي صدد تمييز الانابة عن عقد الوكالة نجد أن مقارنة القانون الانجليزي بالشرائع اللاتينية تلقى ضوءاً ساطعاً على هذه التفرقة بين الوكالة وبين الانابة . فالنظام الذي يقابل النيابة في القانون الانجليزي وهو المعروف باسم Agency مثبت الصلة تماماً بعقد الوكالة وقد نشأ ذلك النظام وتطور بعيداً عن كل علاقة

(١) أبرز هذا المعنى الفقيه الايطال فرانسيسكو كار نيلوتي في كتابه من « النظرية

العامّة للحق » ص ٧٧ .

Camelutti : « Teoria generale del diritto », Roma, 1946, p. 177 : « ... il lettore colto rifletta su questo tema al lavoro scientifico che si è compiuto per il distacco del mandato alla procura, e con ciò del potere o più precisamente della potestà del procuratore dall'obbligo dal mandatario ».

ويبدو أن مثل هذا التمييز النظري بين الانابة والوكالة لم يكن بعيداً من إيمان فقهاء الرومان رغم عدم تسليمهم بانصراف آثار عمل النائب الى الأصل مباشرة إذ نجد الأستاذ أرنالديو رويز عند كلامه عن الوكالة في كتابه « نظم القانون الروماني » ص ٣٣٨ - ٣٣٩ يقول ان فكرة النيابة procura مختلفة من فكرة الوكالة وأن النائب procurator هو بالمتى المأثد شخص يدير أمور ذمة مالية وأنه يجوز تلك الصلة بمقتضى إرادة صاحب الشأن المنفردة أكثر من حيازته ايما بمقتضى عقد ويشيف أن تطور القانون الروماني في عصر جوستنيان سمح بوجود نواب في أعمال خاصة معينة فضلاً عن النواب الذين يديرون أمور ذمة مالية على الاجمال .

Arangio-Ruiz, V. : « Istituzioni di diritto romano », Napoli, 1934, pp. 338-339 : « Diverso è il concetto della procura. Procurator è, nel significato prevalente, l'amministratore di un patrimonio ; ed è di solito un libero investito della funzione più per atto unilaterale del patrono che per contratto ; di fronte agli estranei, la sua investitura è più di fatto che di diritto. Ma successivamente, per un'evoluzione che si perfeziona solo nel diritto giustiniano si ammette che il procurator possa essere, oltre che omium bonorum, anche unius rei ; e la sua posizione si considera come facente capo a un mandato se vi fu incarico espresso ad un negotiorum gestio, se l'incarico non vi fu. A questo punto il nome di mandatario (o di gestore d'affari) designa il rappresentante nei suoi rapporti col rappresentato, mentre il nome procurator esprime specialmente la sua posizione in confronto a dei terzi ».

تعاقدية بين النائب والأصيل بحيث لا تجد في الفقه الانجليزي أو الأمريكي ذلك الخلط الذي كان شائعا في الفقه الأوروبي بين الوكالة والائابة والواقع أن عقد الوكالة بالشكل الذي تعرفه القوانين اللاتينية استمدادا من القانون الروماني مجهول من القانون الانجليزي والوضع الذي يطلق عليه اسم Mandate في القانون الانجليزي ينصب على عقد عيني من مجموعة العقود التي يطلق عليها اصطلاح bailment (١) . وهو عقد بعيد الصلة بالوكالة بمعناها المعروف في القوانين اللاتينية أو في الشريعة الاسلامية ، لهذا كانت التفرقة بين الائابة والوكالة وتميز الأولى من الثانية من البدايات في القانون الانجليزي الذي لم يتم فيه قط خلط بين الوضعين وذلك بفضل نشأة نظام النيابة نشأة مستقلة وتطوره في ذلك القانون بعيدا عن أي عقد وكالة بين الأصيل والنائب إذ أن القانون الانجليزي وكذلك القانون الأمريكي لم يعرف ذلك العقد وإنما يعرف النيابة كنظام مستقل غير مختلط بالوكالة ولا يغيرها من العقود مقتضاه إيقاع آثار تصرفات النائب القانونية في ذمة الأصيل مباشرة (٢) .

(١) انظر مادة Mandate في دائرة المعارف البريطانية .

« The essentials and the terminology of the contract are preserved in most modern systems ; but in English Law mandate, under that name, can hardly be said to exist as a separate form of contract. To some extent the law of «mandatum» corresponds to the law of principal and agent. «Mandates is retained to signify the contract more generally known as gratuitous bailment. It is restricted to personal property, and it implies the delivery of something to the bailer, both of which conditions are unknown to the mandatum of the civil law ». Encyclopedia Britannica, Vo. Mandate.

والنظر بريسكو - وامسياهو ص ٥٠٧ - ٥١٠ حيث يشير الى أن نظام النيابة

في القانون الانجليزي لا يرتبط بعقد الوكالة أصلا .

(٢) « النيابة قد تنشأ عن عقد بين الطرفين كما قد تنشأ عن مجرد توكيله من شخص لآخر الى أن يعمل لحسابه ولا فرق بين أن يتعهد ذلك الشخص الآخر بأن يعمل لحساب الأول ولا يتعهد ، وكذلك لا أهمية لما إذا كان الشخص الآخر متولعا أن يحصل على مقابل لخدماته فيما إذا قام فعلا بالعمل لحساب الأول أو غير متولع » .

وإذا كانت الأمانة تصرفا صادرا عن إرادة الأصل وراميا إلى تحويل النائب القيام بتصرف تعود آثاره على الأصل دون النائب فإن كيان الأمانة يتحقق بمجرد صدور تلك الإرادة عن الأصل بدون أن يرتبط ذلك بأي عقد بينه وبين النائب سواء كان عقد وكالة أو غيره بل وبغير حاجة إلى قبول النائب للأمانة .

٨٠ - والأمانة قد تصدر عن الأصل موجهة إلى النائب أو موجهة إلى الغير ، ففي الفرض الأول يكفي الأصل بإعطاء النائب صفة النيابة عنه بإرادة موجهة إليه ذاته تتمثل غالبا في سند مكتوب يسلم إلى النائب وهو ما يطلق عليه في الاصطلاح الدارج لفظ « التوكيل » ، وفي الفرض الثاني يقوم الأصل بإبلاغ تلك الإرادة المسبغة على النائب صفته إلى الغير وهذا الفرض الثاني يحتمل صورتين : الأولى أن يقوم الأصل بإبلاغ الأمانة إلى الغير الذي سيتعاقد معه النائب بالذات والثانية أن يقوم الأصل بإبلاغ الأمانة إلى

= مجموعة معهد القانون الأمريكي براشنتون ج ١ ص ٥٣ - ٥٤ .

« وليس ضروريا لقيام السلطة (للنائب في التصرف لحساب الأصل) أن يكون ثمة عقد بين الأصل والنائب أو أن يتعهد النائب أو يلتزم بأي وجه آخر بأن يعمل كنائب عن الأصل » .

المرجع المذكور ص ٧٣ .

Restatement of the Law of Agency, vol. I, Sect. 16, pp. 53-54 :

« Agency may result from a contract between the parties or it may result from a direction by a person to another to act on his account with or without a promise by the other so to act and with or without an understanding that the other is to receive compensation for his services if he does act ».

Ibid., Sect. 26 a, p. 73 :

« It is not essential to the existence of authority that there be a contract between the principal or agent or that the agent promise or otherwise undertake to act as agent ».

انظر في القانون الأمريكي كذلك

Person : Sect. 136, 152, 189, 202 and 293.

وانظر كذلك في استقلال مفهوم النيابة في القانون الانجليزي عن مفهوم العهد :

- جورلا : « العهد » ج ١ ص ٣٦٥ - ٣٦٦

Gorla : Il contratto, vol. I, pp. 365-366.

الغير كافة بوسيلة من وسائل الشر (١) وقد اصطلح على تسمية
الانابة الموجهة الى النائب بالانابة الداخلية *procuracion interne*
وتسمية الانابة الموجهة الى الغير بالانابة الخارجية
• (٢) *procuracion externe*

ولم يتناول القانون المدني المصري كيفية صدور الانابة وان كان
المشروع التمهيدي لتنقيح القانون المدني قد أورد نصا يفيد صدورهما
عن الأصيل بغير تفصيل بالنسبة لتوجيههما الى النائب أو الى الغير
وذلك النص هو نص المادة ١٥٦ فقرة ٢ من المشروع التي حذفت في
المراحل التالية ولم يتضمنها التقنين بالصورة التي صدر بها ، على أن
هذا السكوت من جانب المشرع لا ينم الا عن الرغبة في الإيجاز ولذا
فإن الانابة في القانون المصري يصح أن توجه الى النائب كما يصح
أن توجه الى الغير اذ ليس في هذا ولا ذاك خروج على مقتضى القواعد
العامة •

وعلى خلاف القانون المصري نجد بعض التقنيات الأجنبية قد
عنيت بالنص على توجيه الانابة الى النائب أو الى الغير وذلك كالقانون
المدني الألماني في المادة ١٦٧ منه حيث نص على أن الانابة تسبغ بتعبير
عن الارادة موجه اما الى الشخص الذي سيكون نائبا واما الى الغير

(١) كانت مسألة تحديد من توجه اليه الانابة موضوع جدل في الفقه الألماني في
أثر تعداد القانون المدني الألماني فكان من رأى بعض الشراح ومنهم زمرمان *Zimmermann*
وميتس *Mitsch* أن الانابة لابد أن توجه الى النائب بينما كان البعض الآخر يرى
وجوب توجيهها الى الغير الذي يتعامل مع النائب ومن هؤلاء لينل *Lenel* الذي كان يرى
أن النائب الذي تصدر الانابة موجهة اليه لا يبدو كونه - فيما يخص هذه الانابة -
وسولا مهمته ابلاغ الانابة الى الغير ، وأخيرا فقد كان هناك رأى ثالث مؤداه وجوب توجيه
الانابة الى النائب وإلى الغير معا (يوبسكو رامستيانو ص ٤١٧ - ٤١٨) ويذهب الى
لم يمد لهذا الخلاف الآن الا قيمة تاريخية •

(٢) فون تومر ص ٢٩٠ ويلجساي ص ٤٩ بنه ٣٩ •

الذى سيتعامل معه (١) وكفانون الالتزامات السويسرى فى المادة ٣٣ منه التى تقترض فقرتها الثالثة حصول الانابة بتعبير عن ارادة الاصيل موجهة الى الغير (٢) .

٨٠ مكرر - ولم يغفل فقهاء الشريعة الاسلامية التفرقة بين الانابة الداخلية والانابة الخارجية فقد تناولوا هذه المسألة فى بحثهم لنشأة الوكالة وما اذا كان علم الوكيل ضروريا أو غير ضرورى . يقول صاحب « منتهى الارادات » : « وشرط (بالبناء للمجهول) تعيين وكيل لا علمه بها (أى بالوكالة) » (٣) ومعنى ذلك أن الانابة ركنها صدور عبارة الاصيل بتعيين نائبه وتخويله صفة النيابة عنه ولا يشترط لقيامها علم النائب بأنه أصبح نائبا ، ولا يتصور هذا الا فى الانابة التى توجه الى الغير الذى سيتعامل معه النائب لا الى هذا الأخير فهى اذن انابة خارجية لا انابة داخلية .

وهذا القول يلزم عنه حتما أن فقهاء الشريعة يفرقون - وان لم يصرحوا بذلك - بين عقد الوكالة وبين الانابة بالمفهوم الذى حددناه فى البنود السابقة ، فالوكالة بوصفها عقدا لا يتصور قيامها الا بتلاقى ارادتى الموكل والوكيل فلا يستقيم القول بأنها تنشأ بدون علم الوكيل - وهو أحد طرفى العقد - بها أما الذى يصح أن ينشأ دون حاجة الى علم الوكيل ويكفى فيه صدور العبارة عن الموكل وعلم الغير بها فهو الانابة بالمعنى الدقيق أى تخويل الاصيل لنائبه مكنته النيابة

« La procuration se confère par déclaration soit envers celui qui doit être fondé de pouvoir soit envers le tiers à l'égard duquel la représentation doit avoir lieu », Art. 167, al. 6 du c.c. allemand.

« Si les pouvoirs ont été portés par le représenté à la connaissance d'un tiers, leur étendue est déterminée envers ce dernier par les termes de la communication qui lui a été faite », Art. 33, al. 3 du code des obligations suisses.

(٣) منتهى الارادات - القسم الأول ص ٢٤٣ .

عنه بتصرف يقوم على ارادة الاصيل المنفردة وتكون الانابة في هذه الصورة انابة خارجية •

ونجد في «البدائع» تفصيلا لما أوجزه صاحب «متمهى الارادات» اذ يقول الكاساني : « وأما علم الوكيل فهل هو شرط لصحة الوكالة ؟ لا خلاف في أن العلم بالتوكيل في الجملة شرط اما علم الوكيل واما علم من يتعامل معه ، وأما علم الوكيل — على التعين — بالتوكيل فهل هو شرط ؟ ذكر في الزيادات أنه شرط وذكر في الوكالة أنه ليس بشرط •• كذا ذكر محمد في كتاب الوكالة وجعل علم المشتري بالتوكيل كعلم البائع الوكيل » (١) •

وجاء في « الفتاوى الهندية » : « واذا قال الرجل اذهب •• الى فلان حتى يبيعك ثوبي الذي عنده •• فهو جائز وهو اذن منه لفلان في بيع ذلك الثوب ان أعلمه المخاطب بما قال المالك جاز يعه رواية واحدة وان لم يعلمه ففيه روايتان » (٢) • فهنا نجدنا امام اثابة خارجية موجهة الى الغير الذي سيتعامل معه النائب بالذات •

وفي « فتح القدير » مثال لانابة خارجية موجهة الى الغير كافة وذلك اذ يسوق حالة العبد المأذون كدليل على صحة الانابة الخارجية فيقول : « اذا قال للناس بايعوا عبدى فانى اذنت له في التجارة فبايعوه جاز مع أنه لا علم للعبد بالاذن » (٣) •

وعلى الجملة فان من شروط الوكالة في الشريعة « علم الوكيل او من يتعاقد معه بالتوكيل فاذا لم يعلم به واحد منهما كان العقد (أى عقد الوكيل مع الغير) موقوفا على الاجازة •• اما علم الوكيل

(١) بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٠ •

(٢) الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٥٦٢ •

(٣) فتح القدير ج ٥ ص ٥٢٢ •

شخصيا قد اختلف فيه فقليل يشترط وقيل لا يشترط .. ويرتب على هذا الخلاف أنه لو وكل زيد بكرة وهو (أى بكر) غائب في يسع دار له بحضور خالد فاشتراها خالد من بكر دون أن يعلمه بأن زيدا وكله يبيعها فعلى القول الأول يقع العقد نافذا وعلى الثانى يقع موقوفا على الاجازة لعدم صحة التوكيل » (١) .

ومتى قلنا بنفاذ عقد النائب كانت الانابة في هذه الصور كلها انابة خارجية موجبة لا الى النائب وانما الى الغير الذى سيتعامل معه .

٨١ - قلنا ان كيان الانابة يتحقق بمجرد صدور ارادة الأصل دون ارتباط بالعقد الذى تكون قد صدرت بمناسبته كمقد الوكالة مثلا ، وذكرنا بأنه يجب الاحتراز من الخلط بين الانابة وبين ما قد ترتبط به من عقود ، ومرد ذلك كله الى فكرة استقلال الانابة التى كان الفصل فى ابرازها للفقهاء الألمان (٢) والتى انعكست على نص المادة ١٦٧ من القانون المدنى الألمانى التى تقرر أن صفة النيابة تسبغ بتعبير عن الارادة صادر اما الى النائب واما الى الغير الذى ستحصل قبله النيابة (٣) .

(١) أحمد أبو الفتح - « الماملات فى الشريعة الإسلامية » ج ٢ ص ٥٦٩ .
 (٢) كان أول من أبرز هذه الفكرة القلبى الألمانى لاباند فى بحث له نشر سنة ١٨٨٦ ، مشار اليه فى شميتهوف ص ١٢١ .
 (٣) انظر تعليق العلامة سال Salicrutes على هذه المادة فى الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون المدنى الألمانى ج ١ ص ٢١١ (باريس سنة ١٩٠٤) حيث يبرز فكرة كون الانابة تصرفا قانونيا متميزا عن الطاعة التى صدرت بمناسبتها (كوكالة أو غيرها) ومستقلا نظريا عنها . واعتبارها كذلك تتحقق الانابة فى شكل تمثيل عن الارادة من جانب واحد موجه مباشرة الى صاحب الشأن (وهو اما النائب واما الغير الذى سيتعامل معه) . وهذا التمييز عن الارادة لا يلزم فى أية حال حتى ولو كان موجها الى النائب أن يصير قبوله من الوجه اليه وانما الذى يلزم قبوله هو الوكالة مثلا روى التى على أساسها تصدر الانابة (المرجع المذكور ص ٢١٢) وهذا التمييز عن الارادة الصادر من جانب واحد وان كان لا يلزم قبوله الا أنه فى مذهب القانون الألمانى يجب وصوله الى من وجه اليه لأنه من ذلك النوع من التصيرات عن الارادة التى يشترط وصولها الى شخص معين ومخالفا الوصية وقبول الارث (سالى للراجع المذكورة فى التطبيق على المادة ١١٦) .

١ - ففي الانابة الداخلية نجد أن الانابة يستوى كيانها ويتحقق وجودها بمجرد تعبير الأصل عن ارادته في تخويل النائب مكنة ابرام تصرفات ينصرف أثرها الى الأصل ، وذلك بلا توقف على انعقاد العقد الذى قد تصدر الانابة بمناسبة واذن فالانابة الداخلية مستقلة عن انعقد الذى يربط الأصل بالنائب .

٢ - وفي النيابة الخارجية نجد أن مكنة ابرام التصرفات الملزمة للأصيل تنتج للنائب عن تعبير عن ارادة الأصل موجه الى الغير مباشرة فهو بالضرورة منقطع الصلة بالعقد الذى قد يربط النائب بالأصيل واذن فالانابة الخارجية بدورها مستقلة تماما عن العلاقة الداخلية بين الأصل والنائب (١) .

واذ تقرر قاعدة استقلال الانابة وتميزها عن التصرف أو العقد الذى صدرت بمناسبة كما تقدم ينبغى البحث بعد ذلك فى مدى هذا الاستقلال وحدود هذا التميز وهو بحث يملئ ما فى العمل من روابط بين الانابة وبين ما ترتبط به من عقود .

ويجمع جمهور الفقهاء الألمان على أن الروابط المذكورة بين الانابة وبين العقد الذى ترتكن اليه لا ترقى الى حد جعل الانابة تصرفا تابعا acte accessoire للعقد المشار اليه وانما تظل الانابة تصرفا مستقلا acte indépendant عن هذا العقد على تفصيل فى ذلك بالنسبة لنشأة الانابة ولضمونها ولاقضائها .

(١) قارن دى موسور ص ٣٢ - ٣٣ .

De Saussure : « L'acte juridique fait sans pouvoirs de représentation », *Lausanne*, 1945, pp. 32-33.

فبينما لا نجد حول استقلال الانابة في نشأتها خلافا ذا بال
 - باعتبار أن الانابة تتحقق بتعبير عن ارادة الأصل صادر اما للنائب
 واما للغير بصرف النظر عن العقد الذي تركز عليه الانابة - نجد
 حول استقلال الانابة في مضمونها خلافا مرده الى أن البعض (ليونهارد)
 يرى أن مضمون الانابة يتوقف على العقد الذي صدرت بمناسبة فان
 كانت الوكالة مثلا محدودة كانت الانابة كذلك ، بينما يرى البعض
 الآخر (بيرمان واندمان) أن في تبعية مضمون الانابة للعقد الأصلي
 تفصيلا يرجع الى صدور الانابة الى النائب أو الى الغير ففي الحالة
 الأولى أى في الانابة الداخلية يكون مضمون النيابة متوقفا على العقد
 الأصلي بينما الانابة الخارجية تكون مستقلة في مضمونها عن العقد
 الذي تركز اليه . وأخيرا يرى غير هؤلاء (انيكروس Ennecerus)
 أن مضمون الانابة هو في جميع الأحوال مستقل عن العقد الذي
 تركز اليه بلا تفصيل أو استثناء شأنه في ذلك شأن نشأة الانابة .

أما عن انقضاء الانابة فإن نص المادة ١٦٨ من القانون المدني
 الألماني قد قطع السبيل على الخلاف فيه اذ قرر أن انقضاء الانابة يتقرر
 طبقا للعلاقة القانونية التي أسست الانابة ارتكانا اليها .

وعلى هذا فالفكرة السائدة في الفقه والقضاء الالمانيين أن الانابة
 مستقلة عن التصرف الذي تركز اليه الا فيما يتعلق باهتصاصها (١) .

على أن القانون المدني الألماني قد عقب على نص المادة ١٦٨
 بنصوص المواد ١٧٠ و ١٧١ فقرة ٢ و ١٧٢ فقرة ٢ حماية منه لصالح
 الغير حمى النية في حالة انقضاء الانابة اذ نصت تلك المواد في مجموعها

(١) انظر بوبسكو - دامنيانو ص ٤٢٤ - ٤٣٦ - هل أن تبعية الانابة من حيث
 انقضاءها للعقد الذي تستند اليه ليس معناه ضرورة انقضاء الانابة بمجرد انقضاء ذلك
 العقد بل أن للأطراف أن يطهروا على غير ذلك فتظل الانابة قائمة رغم انقضاء ذلك العقد .
 المرجع السابق ص ٤٣٦ - ٤٣٧ . وانظر ما على بند ١٦٧ وما بعده .

على ان انقضاء الانابة لا يعتد به قبل الغير المتعامل مع النائب الا اذا كان ذلك الانقضاء قد ابلغ الى الغير بنفس الطريقة التى ابلغت اليه بها الانابة ، اما بتعبير خاص عن الارادة واما عن طريق النشر واما مايراز سند الانابة •

ويلقى الأستاذ سالى Saleilles (١) على المواد ١٧٠ - ١٧٢ المذكورة بقوله ان اقتصار نصوصها على ذكر حالة انقضاء الانابة مرده الى أنه مما لا يحتاج الى نص بل يدخل فى باب أولى وأخرى حماية الغير حسن النية فى حالة بطلان أولى يصيب الانابة بالنسبة للتصرف الذى ترتكز اليه وهو بطلان لا يسع الغير أن يستشف أسبابه وعلى ذلك ففى حالة بطلان الوكالة مثلا تظل الانابة قائمة قبل الغير حسن النية (٢) وذلك كله تأسيسا على قاعدة استقلال الانابة عن العقد الذى ترتكز اليه •

وهكذا تتجلى نتيجة عملية هامة لقاعدة استقلال الانابة اذ تحقق هذه القاعدة حماية الغير حسن النية على أوسع نطاق فلا يضار هذا الغير من بطلان لا يعلم به فى التصرف الذى تستند اليه الانابة كما لا يضار كذلك من انعدام مثل هذا التصرف أصلا اذ تعتبر الانابة قائمة فى بعض الأحيان حتى ولو لم ترتكز أصلا الى علاقة سابقة عليها بين النائب الأصيل من وكالة أو غيرها (٣) •

(١) التعليق على القانون للمدني الألماني ج ١ ص ٢١٥ •

(٢) حددت المادة ١٧٣ من القانون الألماني للقصود بالغير حسن النية فى هذا الصدد اذ قررت ان نصوص المواد المسابقة لا تنطبق فى حالة ما اذا كان الغير عند إبرامه التصرف القانوني مع النائب يعلم انقضاء النيابة أو كان من المفروض حتما أن يعلمه •

(٣) انظر فون تروهر ص ٢٩١ - ٢٩٢ وبريسكو - رامسيمان ص ٤٣٠ - ٤٣١ حيث ينقل عن انيكروس Enneccerus المثال الآتى : (أ) يقدم على شراء شيء باسم (ب) بدون أن يكون موكلا فى ذلك وبغير علم (ب) الذى يكون فى نفس الوقت قد ابلغ البائع (أو الغير عسوما) (ثانية ١) عنه فى القرء (انابة خارجية) ففى هذه الحالة ترجح آثار العقد الذى يبرم بين (أ) والبائع (ج) الى (ب) مباشرة ولو أنه ليست بين •

٨٢ - وأخيرا لعل من المفيد الإشارة الى أن بعض الشراح (١) عند كلامهم على قاعدة استقلال الانابة قد عمدوا الى وصفها بالتصرف المجرد *acte abstrait* وقد لوحظ على استعمال هذا التعبير في هذا الموضوع أن التمييز بين التصرف المجرد والتصرف المقيّد *acte concret* إنما محله التصرفات التي تتضمن مقابلا أو بعبارة أخرى التي يكون موضوعها حقا عينيا أو التزاما وليست كذلك الانابة التي تقتصر على اصباغ صفة النيابة عن شخص معين على شخص آخر ، فيكون من الأنصوب أن يدور التساؤل عن كونها تصرفا تابعا *acte accessoire* أو تصرفا مستقلا *acte indépendant* لا عن كونها تصرفا مجردا أو تصرفا مقيدا (٢) وذلك لبعد الانابة بطبيعتها عن الدخول في نطاق نظرية التصرف المجرد بالمعنى الفني الصحيح (٣) .

٨٣ - وإذا أعدنا النظر في فكرة استقلال الانابة عن التصرف

= (أ) و (ب) أية رابطة قانونية مباشرة فالانابة في هذه الصورة لا ترتكز الى أي عقد سابق بين النائب والأميل .

(١) لون تومس للموضع السابق والنظر يوبسكو دامنيانو ص ٤٢٧ .

(٢) يوبسكو دامنيانو للموضع السابق .

(٣) اذا اتبعنا الصيغة التي اختارها لفكرة التصرف المجرد المرحوم الدكتور أبو عافية في رسالته (محمود أبو عافية : التصرف القانوني للمجرد . مصر سنة ١٩٤٨) وهي الصيغة المبينة على تعريف التصرف المجرد ، بأنه التصرف القانوني الذي تتوقف صحته على التعبير عن الإرادة بغض النظر عن الإرادة الحقيقية (المرجع السابق ص ٢٧٢ بند ٨٠) وجدنا أن الانابة تخرج من نطاق نظرية التصرف المجرد طبقا لهذه الصيغة لأن صحة الانابة لا تتوقف على مجرد التعبير عن الإرادة بصرف النظر عن الإرادة الحقيقية بل إن سلامة هذا التعبير لازمة وما قد يشوبه من أسباب البطلان يؤدي حتما الى بطلان الانابة وقد أشار الى ذلك الأستاذ سالي *Saleilles* في تعليقه على المواد ١٧٠ - ١٧٢ من القانون المدني الألماني إذ قرر أن أحكام تلك المواد الرامية الى حماية الغير لا تنصب الا على حالة امتداد الوكالة التي هي السبب السابق على الانابة ولا انطابق لها في الغرض الذي تكون فيه الانابة نفسها باعتبارها تصرفا قانونيا مستقلا - باطلّة أو قابلة للبطلان (الترجمة الرسمية للقانون المدني الألماني ج ١ ص ٢١٦) . وقد يمكن اعتبار الانابة تصرفا مجردا طبقا لهذه الصيغة - في بعض حالات النيابة الظاهرة ولكل متى كان مصدر الانابة - عن الإرادة متمسكا الى الأميل وتوفرت شروط انطباق مبدأ النيابة الظاهرة (انظر الفصل الثالث من هذا الباب) .

القانونى الذى صدر تاركازا اليه أمكن أن نقول أن ذلك الاستقلال يتجلى من نواح ثلاث : فى اختلاف التعبير عن الارادة المنشئ لكل من التصرفين وفى اختلاف موضوع كل منهما ثم فى اختلاف الأثر القانونى لكل منهما •

١ - فمن حيث التعبير عن الارادة المنشئ لسكل من الانابة والتصرف القانونى الذى تستند اليه من وكالة أو غيرها ، نجد أنه رغم تلازم هذين التصرفين غالبا فى العمل يمكن - بل ينبغى - التمييز بين التصرف المرتبط بالانابة والذى غالبا ما يكون عقد وكالة أو تصرفا ناشئا عن تلاقى ارادتي طرفيه وبين الانابة بوصفها تصرفا ناشئا عن ارادة الأصل مرماء اعطاء النائب مكنة اجراء تصرف قانونى مع الغير تصرف آثاره مباشرة الى الأصل •

وقد رأينا مصداقا لهذا التمييز أن الانابة قد تكون موجهة من الأصل الى الغير وهو ما يسمى بالانابة الخارجية وفيها يتجلى اختلاف التعبير عن الارادة المنشئ للانابة عن التعبير المنشئ للتصرف المرتبطة به الانابة فالأول يوجه للغير دون النائب بينما الثانى يشترك فيه النائب والأصل فيبرم التصرف بتلاقى ارادتهما •

٢ - ومن حيث اختلاف موضوعي التصرفين نجد أن التصرف الذى تستند اليه الانابة من وكالة أو عقد عمل أو غير ذلك انما يتضمن موضوعا ماديا معينا يؤثر فى ذمة الأصل بالاضافة أو النقص أو التعديل - كأن يكون موضوع الوكالة شراء مال معين لحساب الموكل أو التعهد بالتزام معين تتحمله ذمة أو ما الى ذلك • أما موضوع الانابة باعتبارها تصرفا قانونيا متميزا فهو موضوع قانونى محض (غير مادى) لا يرمى الا الى صرف آثار تصرف النائب مع الغير الى الأصل وعليه مباشرة وهو أثر قانونى مجرد ليس له جسم مادى - أن

صح التعبير - بخلاف موضوع العقد المرتبطة به الانابة • ويمكن
بعبارة أخرى القول بأن موضوع العقد المرتبطة به الانابة هو ترتيب
التزامات وحقوق معينة بينما موضوع الانابة ليس الا نتيجة قانونية
صرفة هي ارجاع آثار تصرف النائب مع الغير - أيا كانت تلك الآثار -
الى الأصل مباشرة الأمر الذى لا يخرج عن كونه حالة قانونية جديدة
يحدد مضمونها المادى تصرف آخر •

٣ - وأخيرا فمن حيث اختلاف آثار كل من التصرفين نجد أن
العقد الذى تستند اليه الانابة يربط طرفيه النائب والأصل اذ يحدث
آثاره فى ذمة كل منهما بينما الانابة يمتد أثرها الى الغير الذى سيتعامل
مع النائب اذ يترتب عليها ربط هذا الغير بالأصل بعلاقة مباشرة وعلى
هذا يصح القول بأن الانابة تصيب بآثارها ثلاثة أطراف : الأصل
اذ توقع فى ذمته مباشرة آثار التصرف الذى يجريه نائبه مع الغير ،
والنائب اذ تخوله مكنة اجراء تصرف تنصرف آثاره الى الغير ، والغير
اذ تربطه بالأصل بعلاقة مباشرة نتيجة لتصرف نائبه •

٨٤ - الآن وقد عرفنا كيف تنشأ النيابة بتعبير عن ارادة
الأصل ثم ميزنا موضوعيا بين الانابة وبين العقد الذى ترتبط به
يستحسن استكمالا للبحث فى نشأة النيابة أن تتناول الانابة من حيث
الشكل لمعرفة الأحكام التى تنظم نشأتها من هذه الوجهة •

واذ كانت الانابة تعبرا عن ارادة الأصل فمقتضى قاعدة الرضاية
!لا تخضع لمى شكل كان - اللهم الا من حيث الالبات - وعلى
ذلك فيصح أن تكون الانابة شفهية بل قد يصح أن تكون ضمنية
كما أنها قد تكون كتابية أو رسمية دون وجوب فى هذا أو ذاك •

على أنه يحدث أن يكون موضوع الانابة تخويل النائب مكنة
إبرام تصرف يشترط فيه القانون شكلا معينا فما هو الحكم فى هذه

الحالة بالنسبة لشكل الانابة وهل تبقى مطلقة من الأشكال أم ينبغي
إزالتها في الشكل الواجب للتصرف الذي سيقوم به النائب ؟

والاجابة على هذا التساؤل تنبع بحثا هاما تدخل فيه اعتبارات
نظرية وعملية نوجز الكلام عنها فيما يلي :

نظرية النيابة في القانون الحديث كما عرضناها في القسم الأول
من هذا الكتاب تقوم على اعتبار ارادة النائب وحدها في التصرف
الذي يجريه باسم الأصل ولحسابه بمعنى أن ذلك التصرف انما
ينعقد بإرادة النائب - اما منفردة اذا كان التصرف مما ينعقد بإرادة
منفردة واما بتلاقيها مع ارادة الغير في العقود - ومتى كانت ارادة
النائب هي التي يقوم عليها التصرف فان شروط هذا التصرف الشكلية
تتوافر متى اتخذت تلك الارادة (ارادة النائب) الشكل الذي يتطلبه
القانون للتصرف وذلك بلا نظر الى ارادة الأصل .

واذن فمقتضى الاستقلال التام بين العلاقة الداخلية التي تربط
النائب بالأصل وبين التصرف الذي يبرمه النائب (ذلك الاستقلال
الذي تقوم عليه نظرية النيابة الحديثة) - مقتضى ذلك عدم تبعية
أحد التصرفين للآخر من حيث الشكل وبعبارة أخرى مقتضاء اطلاق
الانابة من الشكل المشروط في القانون للتصرف الذي سيجريه النائب
تبعاً لكون ارادة الأصل المتجلية في الانابة غير ذات شأن في التصرف
المخول للنائب في أجزائه .

وقد سائر القانون المدني الألماني هذا النظر فجاءت المادة ١٦٧
منه في فقرتها الأخيرة تقرر أن الانابة التي موضوعها القيام بتصرف
ينضمح لشكل معين ليست خاضعة للشكل المشروط لذلك التصرف (١) .

(١) أنظر تعليق سالي Salicrú على هذه المادة في الترجمة الرسمية للقانون
للدنم ١٩١٢ ج ١ ص ٢١٧ .

واذن فللتأنيب في القانون الألماني أن يقوم باسم الأصل بتصرف
يشترط فيه القانون الشكل الرسمي كهيئة أو كرهن رسمي ، وذلك من
غير أن تكون الأمانة التي تصرف بمقتضاها صادرة في الشكل
الرسمي (١) .

وكذلك الأمر في القانون السويسري حيث استقر قضاء المحكمة
الفدرالية على الإطلاق الأمانة من الأشكال ولو كان التصرف المنأنيب فيه
مما يلزمه الشكل الرسمي (٢) .

كما أن جانباً هاماً من الفقه الإيطالي يأخذ بهذه القاعدة تمثيلاً
مع منطق النظرية الحديثة في النيابة على ما قدمناه (٣) . على أن
القانون المدني الإيطالي الصادر في سنة ١٩٤٢ لم يسأر هؤلاء الفقهاء
إذ جاءت المادة ١٣٩٢ منه تقرر أن « الأمانة لا أثر لها ما لم تصدر في
الشكل المقرر للعقد الذي يجب أن يبرمه النائب » .

وقد نحا القانون المدني المصري هذا المنحنى فنص في باب
الوكالة (المادة ٧٠٠) على أنه « يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل
الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم
يوجد نص يقضي بغير ذلك » .

(١) صايرت مجلة الالتزامات والعقود التونسية - من بين قوانين الدول العربية -
هذا النظر إذ ينص الفصل (ثلاثة) ١١١٣ منها على أنه « يجوز التوكيل بصيغة غير
الصيغة الواجبة قانوناً في العقد المتصور من التوكيل » .

(٢) انظر جومل Gubli : « قانون الالتزامات الفدرالي » ، ترجمة رينيه دي جوت ،
زيورخ سنة ١٩٤٧ ص ١١٠ والأحكام المشار إليها . وانظر أيضاً قانون تومس ص ٢٨٩
وبلجاسي ص ٣٧ - ٣٨ والأحكام السويسرية التي أوردتها .

(٣) انظر كيردوني وآبلو ص ٤١٥ - ٤١٦ .

Chironi e Abello : « Trattato di diritto civile italiano », vol. I, Torino, 1904.
pp. 415-416.

وهذه تقابلها في القانون المدني السوري المادة ٦٦٦ وفي القانون المدني الليبي المادة ٧٠٠ وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني المادة ٧٧٥ وفي القانون المدني الجزائري المادة ٥٧٢ وحكم هذه المواد مطابق لحكم المادة ٧٠٠ من القانون المدني المصري .

كما أن مشروع الالتزامات الفرنسي الايطالي يحوى نفس الحكم في المادة ٣٣ منه وكذلك القانون المدني الفرنسي في مواد متفرقة خاصة بالتوكيل في حالات معينة ، وقضاء محكمة النقض الفرنسية مستقر على مبدأ تبعية شكل الانابة لشكل التصرف الذى سيجره النائب فيجب أن تكون رسمية ان وجب أن يكون ذلك التصرف رسميا (١) .

وهذه القاعدة موجودة كذلك في القانون الانجليزى حيث يجب أن يكون النائب في ابرام عقد رسمى حاملا لانابة مفرغة هي الأخرى في الشكل الرسمى (٢) . كما أن هذا هو أيضا الحكم في القانون الأمريكى (٣) .

٨٥ - والواقع أن حكم القانون الألماني ومجلة الالتزامات والعقود التونسية وإن اتفق مع المنطق النظرى للنياية في القانون الحديث فإن التشريعات اللاتينية ومانحا نحوها قد تكون مدفوعة فيما

(١) انظر دراست في دروس الدكتوراه سنة ١٩٤٧/١٩٤٨ ١٣٢ - ١٣٣ والأحكام

المشار اليها فيه .

(٢) بومستيد ص ٤٠ وبولوك في العقود ٧٦ وستولجار ص ٩١ و ٢٨٤ .

(٣) Mechem, Sections 24-27 Restatement 2nd, Agency, Section 28.

وانظر كوبولا بند ٩ حيث يسرد أحكاما عن شكل الانابة ينفردها القانون الأمريكى مثل اشتراط الكتابة في الانابة التي تزيد مدة صلاحيتها عن سنة لكن المؤلف يشير الى أن الانابة في بعض الحالات يشترط فيها القانون لكافة لا يلزم أن تكون مكتوبة .

وانظر في تفصيل القواعد التي تحكم شكل الانابة في القانون الأمريكى Corpus Juris Secundum, vol. 2A, Sections 42-47 ; Person, Sections 15 and 142

قررت بضرورات عملية مردها الى حكمة اشتراط الرسمية في بعض التصرفات .

ذلك أن المشرع يرمى - أكثر ما يرمى - من اشتراط الرسمية في التصرفات الى حماية المتصرف عن طريق تنبيهه الى خطورة التصرف الذي هو مقدم عليه حتى لا يقوم به الا بعد تدبر وروية . فان جاز أن تكون الانابة في مثل هذا التصرف غير رسمية اتفت تلك الحماية التي قصد اليها الشارع بواسطة الشكل الرسمي وعن طريق تدخل الموظف العمومي في توثيق التصرف .

واذن فقد هدف قانوننا المدني - مسائرا في ذلك التشريعات اللاتينية - الى توفير هذه الحماية للمتصرف سواء كان يتصرف بنفسه أو بطريق النيابة وذلك باشتراط أن تكون الانابة مستوفية للشكل الذي يشترطه القانون للتصرف الذي يجريه النائب .

على أن من التصرفات ما ليست لاشتراط الرسمية فيه تلك الحكمة المشار اليها وانما تشترط فيها الرسمية لغرض آخر متصل بحماية الغير أو بضمان قدر من الجدية في التصرف أو بمصلحة عامة يرى المشرع أنها تستوجب الشكل الرسمي .

فمن ذلك ما كانت تنص عليه المادة ١٩١ من القانون المدني المصري القديم من اشتراط الرسمية لامكان نقل تأمينات الدين القديم الى الدين الجديد في استبدال الدين ، فالرسمية هنا لا يقصد بها الا ضمان قدر من الجدية والعناية لحماية الغير وهو ما يتضح من نص المادة على أن الاتفاق « لا ينفذ على غير المتعاقدين الا اذا كان حاصلًا مع الاستبدال في آن واحد بوثيقة رسمية » .

ومثل ذلك في القانون الفرنسي الطول باتفاق المدين مع المقرض . فقد نصت المادة ١٢٥٠ مدني فرنسي على اشتراط الشكل الرسمي في

مثل هذا الاتفاق وذلك حماية للدائنين وتحزرا من أن يكون القصد من مثل هذا الحلول الاضرار بمصالحهم ، وعلى ذلك فالإثابة في الاقتراض مع احلال المقرض في تأمينات الدين المراد وفاؤه بمبلغ القرض - هذه الاثابة لا تخضع لشكل معين رغم كون التصرف الذي سيقوم به النائب مما يشترط فيه القانون الشكل الرسمي (١) .

ومن ذلك أيضا في القانون المصري بيع السفن فانه لا يصح الا أن يكون بورقة رسمية (م ٣ من القانون التجارى البحرى) وليست حكمة اشتراط الرسمية هنا حماية المتصرف أو تنبيهه الى خطورة التصرف لأن بيع السفن ليس أخطر شأنا من بيع العقارات ، وانما حكمة اشتراط الرسمية هنا هى رعاية المصلحة العامة التى تقتضى ضبط تداول السفن التى ترفع علم البلاد وتتطلب ألا يكون انتقال ملكيتها الا على يد موظف رسمى يتولى توثيق التصرف ، فالإثابة في بيع سفينة يصح اخذ في رأينا أن تكون في غير الشكل الرسمي رغم أن عقد البيع نفسه ينبغي أن يفرغ في ذلك الشكل .

وكذلك الشأن في الإثابة في محو قيد الرهن الرسمي فالمادة ٤٥ من قانون الشهر العقارى تشترط أن يكون المحرر الذى يثبت فيه رضاء المرتهن بمحو القيد مفرغا في الشكل الرسمي ، ولم يعدم هذا النص انتقادا في الفقه مرجعه الى أن الرسمية مشروطة في الرهن لحماية الراهن لا المرتهن فلا محل لاشتراط الرسمية في محو قيد الرهن برضاء الدائن المرتهن بينما أن التنازل عن الدين ذاته المضمون بالرهن لا تشترط فيه الرسمية وهو أخطر شأنا من مجرد محو قيد الرهن الذى يقتصر

(١) انظر حكم النقض الرقمى ٥ المسطرس سنة ١٨٩١ - دالوز ٢١٧/١/١٨٩٢ -

وانظر كذلك روايت ص ١٣٣ .

أثره على 'التنازل عن مرتبة الرهن (١) ومهما يكن من أمر حكمة اشتراط الرسمية في المادة ٤٥ من قانون الشهر العقاري لمحو القيد فلا جدال في أن الرسمية هنا ليست مشروطة لحماية المتصرف ومن ثم يصح أن تكون الانابة التي يصدرها الدائن المرتهن الى الغير في محو القيد غير مفرغة في الشكل الرسمي وان كان مقتضى صراحة النص أن رضا النائب بمحو القيد يجب أن يكون ثابتا بورقة رسمية .

وهذا الرأي يتمشى مع منطق النيابة في القانون الحديث ولا يخرج فيما نرى عن حكمة المادة ٧٠٠ تلك الحكمة التي يصح أن تستفاد من اقتصار المذكرة الايضاحية على ضرب المثل بالرهن والهبة وهما تصرفان حكمة الرسمية فيها حماية المتصرف (٢) .

وجملة القول في شكل الانابة أن الأصل فيه عدم ارتباطه بشكل التصرف المطلوب قيام النائب به وذلك كنتيجة منطقية لاستقلال التصرفين طبقا لنظرية النيابة الا في حالة واحدة هي أن يكون اشتراط الشكل الرسمي في تصرف الذي سيجريه النائب مقصودا به حماية

(١) عبد الفتاح عبد الباقى : التأمينات الشخصية والعينية - الطبعة الثانية سنة

١٩٥٤ بند ٢٦٧ ص ٢٨٥ حاشية ١ .

(٢) أنظر محمد كامل مرسى : شرح القانون المدني الجديد في العقود المسماة بند ١٦٦ ص ١٢٥ ، ومحمد علي عرفه : شرح القانون المدني الجديد في التأمين والوكالة ٠٠ الغ ص ٢٨٠ - ٢٨١ ، حيث نجد تفرقة بين الشكل الرسمي المشروط لمصلحة المتصرف والشكل الرسمي المشروط لمصلحة الغير بحيث تكون الرسمية مطلوبة في التوكيل بصرف من النوع الأول فقط دون التوكيل بصرف من النوع الثاني ، وعلى ذلك فإنه « في حالة ما اذا كانت الرسمية مشترطة لحماية الغير فإن التوكيل بإجراء مثل هذا التصرف يصح أن يكون بورقة عرفية أو حتى مشفاهة » (عرفة : الموضع المذكور) . ويلاحظ أن التوكيل الشفوي في مثل هذه الصورة يتعرض له عقبة تتعلق بإثباته أمام الوثائق الذي يتولى توثيق التصرف الرسمي النائب فيه .

وأنظر مع ذلك السنهوري في « الوسيط » ج ٧ المجلد الأول بند ٢٢٣ حاشية ص ٤٠٤ حيث يرى أن الملاق نص المادة ٧٠٠ مؤداه إفراغ الوكالة في الشكل الواجب توافره في التصرف الموكل فيه دون تفرقة بالنسبة لحكمة اشتراط ذلك الشكل في التصرف المذكور .

المصرف وتتيهه الى خطورة التصرف فهنا ينبغي - تحقيقا لمقصد
المشرع - أن تكون الانابة في مثل هذا التصرف مفرغة هي الاخرى
في الشكل الرسمي .

٨٦ - ونختتم هذا البحث بملاحظة يوحىها نص المادة ٧٠٠ من
قانوننا المدني والمواد المطابقة لها في القوانين العربية الأخرى وموضعها
من القانون بالمقارنة للمواد المقابلة لها في التقنينات الأخرى كالقانون
الاطالى ومشروع الالتزامات الفرنسى - الايطالى .

ذلك أن المادة ٧٠٠ تتكلم عن الوكالة كما أنها واردة في القانون
في باب عقد الوكالة بينما المادة ١٣٩٢ من القانون الايطالى مثلاً
تتكلم عن الانابة procura كما أنها واردة في باب النيابة بوجه عام ،
وكذلك الحال في المادة ٣٣ من مشروع الالتزامات الفرنسى - الايطالى
سواء من حيث الصياغة أو الوضع .

وعلى ضوء قاعدة استقلال الانابة عن العقد الذى ترتبط به
- على ما سبق بيانه - يصح أن تساءل عما اذا كان لصياغة المادة
٧٠٠ ووضعها من المجموعة مدلول بالنظر الى القاعدة المشار اليها .

ذلك أن الانابة متى كانت متميزة عن عقد الوكالة التى تصدر
بمناسبتة وغير متلازمة حتما وإياه ، ومتى صح أن توجد وكالة من
غير انابة كلما كان الوكيل يتصرف لحساب موكله من غير أن يتصرف
أثار تصرفه الى الموكل مباشرة فانه يصح أن يقال أن المادة ٧٠٠ تتناول
شكل عقد الوكالة دون شكل الانابة بالذات واذن فيتصور أن توجد
انابة في غير الشكل الرسمى تخول للنائب ابرام تصرف مما يشترط فيه
الرسمية ويتصرف أثره الى الأصيل مباشرة وذلك متى استوفى عقد
الوكالة الشكل الرسمى .

مثال ذلك : (أ) وكل (ب) في شراء سفينة دون أن تتضمن الوكالة ائابة - بمعنى أن (ب) يتصرف لحساب (أ) من غير أن ينسحب أنر تصرفه مع الغير الى (أ) رأسا - وكان عقد الوكالة مستوفيا الشكل الرسمي ، ثم صدرت من (أ) ائابة في غير الشكل الرسمي اما الى (ب) واما الى الغير (ج) الذى سيتعامل مع (ب) ، فعقد البيع الذى ينعقد بين (ب) و (ج) يكون حاصلًا بطريق النيابة وتنصرف آثاره الى (أ) مباشرة بمقتضى الائابة غير الرسمية ولو أن العقد الذى عقد النائب مما يستلزم له القانون الشكل الرسمي .

وهكذا نرى أن صياغة المادة ٧٠٠ ووضعها من التقنين مما يمكن للقول بأن الشكل المشروط لتصرف النائب غير لازم للائابة وانما هو لازم فقط لعقد الوكالة الذى يربط النائب بالأصيل فيصح في مثل المثال المتقدم أن يقع حكم النيابة بمقتضى ائابة غير رسمية متى كان عقد الوكالة ذاته حاصلًا في الشكل الرسمي .

ثم أن اقتصار المادة ٧٠٠ على الوكالة يؤدي الى ملاحظة أخرى مردها الى كون الائابة غير مقتصرة على حالة الوكالة وانما هي قد تصدر بمناسبة علاقات قانونية أخرى كعقد العمل أو الشركة ، فالنائب الذى تكون علاقته الداخلية بالأصيل علاقة عمل مثلا يصح أن تكون ائابته في ابرام تصرف تلزمه الرسمية غير حاصلة في الشكل الرسمي وذلك تبعًا لاقتصار المادة ٧٠٠ على بيان الشكل اللازم للوكالة دون الائابة ودون ما عدا الوكالة من العلاقات الداخلية بين النائب والأصيل (١) .

(١) قد يقتل البعض لمثل هذه الحالة تفسيرًا مؤداه أن عقد العمل هنا يتضمن في الوقت نفسه وكالة غير أن مثل هذا التفسير لا يقترب كثيرا من الواقع لأن علاقة الطرفين هي علاقة عمل والتزامهما المتبادلة وليدة عقد العمل لا عقد الوكالة للفتراض ، هذا الى أن هذا التفسير لا حاجة الى اللجوء اليه مع وجود الائابة كنظام متميز باعتبارها ارادة صادرة من رامية الى صرف آثار تصرف النائب الى صاحب تلك الارادة .

والخلاصة أن المشرع اذا كان قد قصد أن ينظم بنص المادة ٧٠٠ من القانون المدني المصري والمواد المطابقة لها في القوانين العربية الأخرى شكل الانابة بوجه عام ، لكان الأقرب الى قصده أن تعدل صياغة المادة تبعا لذلك وتوضع في موضعها مع مواد النيابة (١٠٤ وما بعدها) وهو المشاهد في سائر التقنينات التي أرادت أن تنظم شكل الانابة كالقانون الألماني (المادة رقم ١٦٧) والقانون الايطالي (المادة ١٣٩٢) ومشروع الالتزامات الفرنسي - الايطالي (م ٣٣) .

٨٧ - قدمنا أن الانابة بوصفها عملا صادرا عن ارادة الأصل وراميا الى تخويل النائب القيام بتصرف قانوني تعود آثاره على الأصل ، يتحقق كيانها بمجرد صدور تلك الارادة عن صاحبها . وتعبير الأصل عن ارادته في الانابة كما يكون صريحا قد يكون ضمنيا متى سمحت بذلك طبيعة التصرفات المخول فيها الى النائب ، وليست الانابة الضمنية في الحقيقة الا تطبيقا لمعوم نص المادة ٩٠ فقرة ٢ من القانون المدني المصري : « ويجوز أن يكون التعبير عن الارادة ضمنيا اذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا » .

ولقد كان القانون المدني المصري القديم يحوى في باب الوكالة نصا على جواز قبول الوكالة ضمنيا هو نص المادة ٥١٢ « التوكيل عقد به يؤذن الوكيل بعمل شيء باسم الموكل وعلى ذمته ولا يتم العقد الا بقبول الوكيل وقد يتضح القبول من اجراء العمل الموكل فيه » وقد كان القضاء جاريا على سحب هذا الجواز على الايجاب بالوكالة أيضا دون قصره على قبولها (١) وطبيعى أن يكون حكم الانابة من

(١) محكمة مصر الابتدائية في ٢٠ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١/٢٦٦/٦٠٢ « نص القانون المدني المصري في المادة ٥١٢ والقانون الفرنسي في المادة ١٩٨٥ على جواز » « أن يكون قبول الوكالة ضمنيا ولم ينص على جواز أن تكون الوكالة نفسها ضمنية وقد » « جدا ذلك بعض الشراح الى عدم قبولها غير أن أغلبهم يجيزها لأن الوكالة من عقود =

حيث جواز كونها ضمنية هو حكم الإيجاب بمقد الوكالة وخاصة اذا تذكرنا الخلط الذى كان - ولا يزال - شائعاً بين الانابة وبين عقد الوكالة . والقانون الحالى وان خلا من نص مقابل للمادة ٥١٢ من القانون المدنى القديم فى باب الوكالة الا أن فى عموم نص المادة ٩٠ (التى لم يكن لها مقابل فى التقنين القديم) ما يغنى عن مقابل لخصوص حكم المادة ٥١٢ من القانون القديم .

والانابة الضمنية ليست قليلة الوقوع فى العمل (١) ، ومن صورها الذائفة التى تستحق الوقوف عندها نيابة الزوجة عن زوجها فى التصرفات المتصلة بهوائج منزل الزوجية .

فالمشاهد فى الحياة العملية ، أن الزوجة هى التى تقوم بكافة التصرفات ذات الصلة بالمنزل وخاصة شراء جميع ما يلزم للمنزل وللعائلة من مأكول وملبس وما الى ذلك ، غير أن الزوج بوصفه رب العائلة هو المكلف بالاتفاق ولحسابه هو فى الواقع تجرى الزوجة جميع ما تجريه من التصرفات .

لهذا فقد جرى القضاء من زمن بعيد - فى فرنسا وفى مصر - على

= التراضى ومتى تم الرضا سواء أكان صريحاً أم ضمناً ثم التعاقد والحكمة فى النص على القبول الضمنى فقط أن المادة جرت على أن التوكيل يصدر من جانب الموكل أولاً ولا يشمل عادة قبول الوكيل ومن ثم لا يكون فى حد ذاته دليلاً على انعقاد الوكالة . - ونفس المعنى مجلس نقابة المحامين الأوليين ٢٥ يونيو سنة ١٩٤١ المحل ١١٣١/٤٦٩/٢١ .

(١) أنظر Lazerges, Les mandats tacites, Rev. Trim., 1975, pp. 222-247.

وعنوان هذا البحث « الوكالات الضمنية » بصيغة الجمع يشف عن فكرته الاسمية وهى أن الأوضاع التى تتوجها تطبيقات القضاء وشروح الفقه وبسط النصوص التشريعية تحت عنوان الوكالة الضمنية ليست كلها من نوع واحد فمنها ما هو عقد وكالة بمعنى الكلمة انعقد بايجاب وقبول ضمنيين ومنها ما هو عقد مفترضاو بتعيين الكتابية - «وكالة ضمنية على حدود الاطارالتعاقدى » ومنها ما هو قاعدة عرفية لا داعى معها للبحث عن وجود عقد حقيقى أو مفترض ومنها أخيراً ما هو التراضى محض أن حيلة قانونية . ويلاحظ على هذا البحث أن الكتابة نظرت الى الموضوع من زاوية عقد الوكالة فقط ولم تلتفت كثيراً للكرة النيابة المتميزة عن الوكالة ولو كانت قد فعلت لكان من المحتمل أن تنتمى الى نتائج أكثر وضوحاً مستتدة الى حرج أكثر اقناعاً .

اعتبار الزوجة في أجزائها ما يتصل بمنزل الزوجية من تصرفات (وخاصة شراء جميع حوائج المنزل) نائبة عن زوجها نيابة ضمنية وذلك يكون للغير المتعامل مع الزوجة أن يرجع على الزوج - بوصفه 'الأصيل في التصرف - ويلزمه بتنفيذ ما ينتج عن تصرف الزوجة من آثار وخاصة دفع ثمن المشتريات (١) .

والأساس القانوني الذي يرمى عليه القضاء الزام الزوج بتصرفات الزوجة في هذه الصور هو الاثابة الضمنية الصادرة منه اليها اذ نجد الأحكام القضائية تشير الى أن للزوجة دائما صفة النيابة عن الزوج بناء على وكالة ضمنية (٢) والى أنه يفترض في الزوج أنه أعطى زوجته وكالة ضمنية في كل ما يلزم المنزل (٣) . وهكذا فإن النيابة تقوم في نظر القضاء على اثابة ضمنية صادرة من الزوج الى زوجته .

٨٨ - على أن مدى تلك الاثابة يتحدد دائما بضرورات المنزل ولوازم العائلة فاذا تصرفت الزوجة تصرفا خارج هذا النطاق كان وقعت عن زوجها كميالة أو قامت بعمليات في البورصة (٤) فلا يكون تصرفها ملزما للزوج لخروجه عن حدود الاثابة الضمنية .

ويلاحظ أن بعض الأحكام القضائية وان أسس لزوم آثار التصرف للزوج على أساس الاثابة الضمنية الا أنه لم يرتب على تلك الاثابة آثارها الواجبة ألا وهي رجوع آثار التصرف الى الأصيل فقط دون النائب اذ نجد من الأحكام ما جعل الزوجين مسئولين عن

-
- (١) نقض فرنسي (مدني) أول يونيو سنة ١٩٢٩ دالوز الأسبوعي ٣٩٧/١٩٢٩ -
ونقض فرنسي (مدني) ٢٩ يناير ١٩٣٠ دالوز الأسبوعي ١٦١/١٩٣٠ .
• واستئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٣٥ - البلتان ٢٩٣/٤٧ .
(٢) نقض فرنسي (مدني) ١٩٢٩/٦/١ مشار اليه أعلاه .
(٣) استئناف مختلط ١٩٣٥/٥/٢ - البلتان ٣٩٣/٤٧ .
(٤) نقض فرنسي (عراقض) ٣٠ مايو سنة ١٩٣٢ سبريه ٢١٧/١/١٩٣٢ .

أثار تصرف الزوجة مسئولية تضامنية (١) على أن الاتجاه المستقر متفق مع قواعد النياية الصحيحة التي مؤداها الزام الأصيل بآثار تصرف نائبه دون أن يكون لذلك النساب - الذي تولي وحده اجراء التصرف - أي شأن بآثار ذلك التصرف (٢) .

(١) حكم الاستئناف المختلط ٢ مايو سنة ١٩٣٥ سالف الذكر وفي نظرنا أن المحكمة قد أخطأها التوفيق في هذا الحكم الذي لا يتفق مع قواعد النياية التي لا تجعل للنائب أي شأن في آثار التصرف كما أن الحكم المذكور قد أوجد تضامنا لم ينص عليه القانون ولا هو ناشيء من اتفاق الطرفين . ولعل هذا الحكم لا يمثل الاتجاه السائد إذ نجد سائر الأحكام مجمعة على الزام الزوج فقط باعتباره الأصيل . أنظر مثلا حكم الاستئناف لمختلط ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٤ البلتان ١٦/٥١ وأنظر حيثيات حكم النقض الفرنسي المشار إليه آنفا في حاشية البند السابق :

« ... le juge de paix a condamné à bon droit Vignerot (le mari) seul au paiement de la somme réclamée par Petit et a mis la De. Vig-errot hors de cause comme ayant agi dans les limites rationnelles du mandat tacite émanant de son mari ». Cass. Civ., 1er juin 1929, D.H. 1929-397.

على أن الزام الزوجين بالتضامن لم يعدم أنصارا ينظرون إلى المسألة نظرة عملية من وجهة زيادة الائتمان المالي دون اعتبار لنظام النياية : رואست في الجزء الذي من موسوعة بلانيول وريبير طبعة سنة ١٩٥٢ ص ٣٢٨ . وأنظر حكم استئناف اسكندرية في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٩ المشار إليه في ما يلي حاشية بند ٩٠ فقد قضى بالزام الزوجين متضامنين وقد نهضت محكمة النقض ذلك الحكم ولكن لغير هذا السبب كما سنرى .

هذا وقد قرر القانون المدني السويسري (المادة ٢١٠ ققرة ٢) مسئولية الزوجة بصفة احتياطية عن تصرفاتها لحساب الزوج فيما يتصل بحاجيات المنزل ، وهذه المسئولية لا تسند إلا إلى هذا النص التشريعي الصريح الذي لولاه لم تكن لتوجد تبعاً لمقتضى النياية - أنظر فون توه ر ص ٣١٩ حيث يعتبر هذا النص استثناء من أحكام النياية .

(٢) نقض فرنسي ٢٧ يناير سنة ١٩٣٩ - دالوز الأسبوعي ١٩٩/١٩٣٩ : « إذا كان الأصل أن المريض الذي يكون محلاً لرعاية أحد الأطباء يعتبر مسئولاً شخصياً عن دفع مقابل تلك الرعاية إلا أن الأمر يختلف بالنسبة للمرأة المتزوجة المشتركة الأموال ، فالمصاريف الطبية تدخل ضمن النفقات المنصرفة لصالح المنزل وبالتالي تقع في الروكية . وحتى مع التسليم بأن الزوجة هي التي استقلت باستدعاء الطبيب وتسببت بذلك في المصروفات اللازمة لمكائاته فينبغي أن تعتبر الزوجة قد تصرفت بمقتضى وكالة ضمنية مطعنة لها من زوجها . وإذن فهذا الدين لا يقبل أن تطالب الزوجة بسداده ولا يجوز التنفيذ به على أموالها الخاصة » .

' Si, en principe, le malade qui reçoit les soins d'un médecin, est personnellement tenu d'en acquitter le prix, il en est autrement de la femme mariée, commune en biens.

Les frais médicaux rentrent dans les dépenses engagées dans l'intérêt et pour l'entretien du ménage et, par suite, tombent dans la communauté.

٨٩ - هذا وأن القواعد التي قعدها القضاء الفرنسى بشأن نيابة الزوجة الضمنية قد تكرست فى فرنسا بالقانون الصادر فى ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٤٢ خاصا بتعديل القانون المدنى فى مواد آثار الزواج اذ نصت المادة ٢٢٠ من القانون المدنى (معدلة بالقانون المذكور) على أن « للزوجة فى جميع نظم الزواج صفة النيابة عن زوجها فيما يختص بحاجيات المنزل ولها أن تستعمل لهذا الغرض »
« الأموال التى يضعها الزوج فى يديها » .

وقد عدلت المادة ٢٢٠ من القانون المدنى الفرنسى فيما بعد مرة أخرى بالقانون رقم ٥٧٠ لسنة ١٩٦٥ الصادر فى ١٣ يوليو ١٩٦٥ فأصبح نصها كالاتى :

« لكل من الزوجين أن يبرم وحده العقود التى يكون الغرض منها الانفاق على منزل الزوجية أو تربية الأولاد وكل التزام مترتب على عقد من هذا القبيل يبرمه أحد الزوجين يلتزم به الآخر على وجه التضامن بينهما » .

ويلاحظ على هذا النص أن النيابة لم تعد بمقتضاء للزوجة فقط عن زوجها وانما هى لكل من الزوجين عن الآخر ، كما يلاحظ أن النص لا يستعمل تعبير « النيابة » وينص صراحة على تضامن بين الزوجين لم يكن ليرتب لولا النص عليه اذ لا مكان فى آثار النيابة لتضامن بين الأصل والنائب فى الالتزام بما يبرمه النائب من عقود .

وهكذا فان نيابة الزوجة عن زوجها فى فرنسا منذ صدور قانون

En admettant même que la femme ait elle-même pris l'initiative de solliciter les soins et d'engager ainsi la dépense relative à leur rémunération, elle doit être réputée avoir agi en vertu d'un mandat tacite, à elle donné par son mari .

Par suite, le paiement de cette dette ne peut être poursuivi ni contre elle, ni sur ses biens personnels.

Cessation 27 Janvier 1939. D.H. 1939-199.

سنة ١٩٤٢ صارت تقوم على أساس تشريسي اذ أصبحت نيابة قانونية لا حاجة معها الى تلمس الانابة الضمنية الصادرة من الزوج . على أن نص المادة ٢٢٠ المعدلة بالقانون المذكور كان يعطى الزوج مكتة انتهاء هذه النيابة عن طريق اخطار الغير برغبته هذه وهو عين ما كانت المحاكم الفرنسية تسير عليه في ظل فكرة الانابة الضمنية ، ولا جدال في أن اعطاء الزوج مكتة انتهاء نيابة الزوجة لا ينسجم تماما مع اعتبار تلك النيابة صادرة عن القانون اذ أن تلك المكتة هي فكرة الانابة الضمنية أشبه (١) .

هذا وان قانون ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٤٢ لم يعدم في الفقه الفرنسي انتقادا مبناه تصريح ذلك القانون باتخاذ النيابة أساسا لالتزام الزوج آثار تصرف الزوجة فيما يتصل بحتياجات المنزل اذ يرى صاحب هذا الانتقاد أن المشرع ينبغي له ألا يدخل وضعا قانونيا لا يزال في دور التطور ضمن اطار فني جامد هو في هذه الخصوصية اطار النيابة . ذلك، أن صنعة نظام النيابة تستتبع حتما نتائج معينة قد لا يكون من المصلحة ايقاعها ، ومن تلك النتائج الحتمية الزام الزوج وحده - بوصفه الأصل - بآثار التصرف دون الزوجة التي تعتبر - بوصفها نائبة - بمنجاة عن تلك الآثار . ويشير المؤلف الى أن الأحكام القضائية الصادرة قبل قانون سنة ١٩٤٢ كان بعضها يلزم الزوجة والزوج معا بآثار التصرف وذلك حيطة لمصلحة الغير في بعض الأحوال كان تكون الزوجة موسرة والزوج معسرا كما أن البعض الآخر من

(١) في تفصيل ما تقدم ننظر موسوعة بلانويل ريبير ج ١ بند ٢١٢ وما بعده من طبعة سنة ١٩٥٢ de Planiol et Ripert, tome II par André Rouast, No. 392 et s., 6d. 1952. على أن النص الحال للمادة ٢٢٠ مدني فرنسي (بعد تعديلها في سنة ١٩٦٥) خال من الإشارة الى انتهاء صفة أي من الزوجين في الزام الزوج الآخر آناما يبرمه من عقود في نطاق حكم هذه المادة .

أحكام القضاء كان يلزم الزوج وحده دون الزوجة بأثار التصرف وبذلك كانت المحاكم تصرف في واقعات الدعاوى بحرية تجعل قضاءها مرنا متمشيا مع مقتضيات الأحوال . أما وقد صرح المشرع في قانون ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٤٢ باتخاذ النياية أداة فنية لتحصيل الزوج آثار نصرفات الزوجة فقد امتنعت على المحاكم تلك الحرية التي كان من : أنها عدم الزام المحاكم بترتيب نتائج حتمية معينة على تصرفات الزوجة ذلك أن قانون سنة ١٩٤٢ وقد حدد الأساس الفني لالزام الزوج نتائج تصرف زوجته بأنه النياية ، يستتبع بالضرورة إيقاع نتائج حتمية لا تنفك عن تلك الاداة الفنية التي اصطنعها المشرع ألا وهي النياية (١) .

ويبدو أن المشرع الفرنسي قد اقتنع بوجاهة هذا الاعتقاد فقد رأينا أن النص العالي للمادة ٢٢٠ - معدلة بقانون ١٣ يوليو ١٩٦٥ - يتحاشى استعمال لفظ النياية كما أنه يقرر صراحة أن الزوجين متضامنان في الالتزام بأثار العقود التي يبرمها أى منهما في نطاق تلك المادة . على أن المشرع الفرنسي قد حد من صرامة ذلك التضامن اذ نصت الفقرتان الثانية والثالثة من المادة ٢٢٠ على أنه لا تضامن في النفقات التي يكون ظاهرا بالنظر الى أسلوب معيشة الزوجين أو الى عدم جدوى العملية أنها مغالى فيها ، كما أن لا تضامن متى كان الغير المتعاقد مع أحد الزوجين سىء النية ، كذلك لا تضامن في الالتزامات الناشئة عن عقود الشراء بالتقسيط ما لم يبرمها الزوجان معا .

(١) روجيه بيرو : « تأثير الصنعة في النظم القانونية على القاية منها » باريس سنة ١٩٥٢ بند ٢٤ ص ٣٩-٤٢ ويشير المؤلف في حاشية ص ٣٩-٤٠ الى أحكام قضائية تعاضت استعمال تعبير « الوكالة والفنية » بقصد عدم ترتيب النتائج التي تحتتمها فكرة النياية .

Perrot, Roger : « De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques », Paris, 1953, No. 24, pp. 39-42.

٨٩ مكر - ومن الأحكام التى طبق فيها القضاء الفرنسى حكم المادة ٢٢٠ من القانون المدنى الفرنسى حكم محكمة السين الابتدائية الصادر فى ١٢ يونيو ١٩٦٣ (١) فى قضية تلخص وقائما فى أن الملكة السابقة ناريمان اشترت فى الفترة من ١٧ مايو الى ١ يوليو ١٩٥٢ ملابس من محلات جان ديسيه للأزياء فى باريس ولم تسدد ثمنها فرقت المحلات المذكورة دعوى ضدها وضد زوجها فى ذلك الحين الملك السابق فاروق فتمسك الأخير بأن القانون المصرى - بوصفه اتقانون الذى يحكم علاقات الزوجين لكونه قانون جنسيتهما - لا يحوى نصا مثل نص المادة ٢٢٠ من القانون المدنى الفرنسى ولا يعترف للزوجة بوكالة ضمنية عن زوجها فى شراء حوائجها وحوائج منزل الزوجية فاطرحت المحكمة هذا الدفاع على أساس أن للشركة الفرنسية عذرا مقبولا فى الجهل بأحكام القانون الأجنبى (المصرى) وأن القانون الفرنسى لذلك ينطبق على واقعة الدعوى التى حدثت فى فرنسا (انظر ما يلى حاشية بند ٢٠٦) وأضافت المحكمة أن جميع القوانين الوطنية تلزم الزوج الاتفاق على زوجته وأن وكالة الزوجة الضمنية عن زوجها تستند الى ذلك الالتزام بالنفقة كما لاحظت المحكمة أن كمية الملابس المشتراة ونوعها مما يتفق ومركز الزوجة الاجتماعى وأخيرا أشارت المحكمة - تبريرا لاطمئنان الشركة المدعية الى أن الملك السابق فاروق يلتزم بإداء ثمن ما تشتريه زوجته - الى ما ثبت لديها من أنه فى واقعة سابقة قامت الخاصة الملكية بسداد فاتورة عن ملابس أخرى كانت قد اشترتها الملكة السابقة ناريمان ، ولذلك اتهمت المحكمة الى الزام الملك السابق فاروق والسيدة ناريمان صادق بالتضامن بدفع ثمن للشترتات المتنازع عليه الى الشركة المدعية تطبيقا لحكم المادة ٢٢٠ من القانون المدنى الفرنسى .

(١) المجلة الانتقادية للقانون الدولى الخاص ، سنة ١٩٦٤ ص ٦٨٩-٦٩١ .

٩٠ - وإذا كان هذا هو شأن نيابة الزوجه الضمنية عن زوجها فيما يتصل بحوائجها وبحوائج المنزل فان للمحاكم المصرية تطبيقات عديدة لنيابة الزوج الضمنية عن زوجته في ادارة املاكها وتصريف شئونها (١) والمحاكم المصرية متأثرة في هذا ولا شك بما جرت به العادة في مصر من تسليم الزوجة دفة أمورها الى الزوج الذى يدير ثروة زوجته بالنيابة عنها . هذا وقد صدر عن محكمة النقض حكم فى ٦ مارس سنة ١٩٥٢ قرر أن مجرد قيام علاقة الزوجية لا ينهض دليلا على انابة الزوجة الضمنية لزوجها ما لم يقم من وقائع الدعوى ما يسوغ القول بوجود تلك الانابة (٢) .

(١) مثلا استئناف مصر ٢٢ مارس سنة ١٩٢٢ للمعاملة ١٢/٧٧/١٨٠ * * متى ثبت أن الزوجة عاشرت زوجها مدة طويلة وعاشا معا ولم تعمل له توكيلا صريحا كتابيا بادارة أموالها ولا يقبض ولا يصرف بل كان يجرى الأمر بينهما كما هو المعروف بين كل رجل وزوجته فيصبح وكيلها عنها بوكالة ضمنية او عرفية مفضلة تفويضا عاما الى رايه في كيفية استغلال أموالها وقبض ما يحل لها قبضه وصرفه * * * واستئناف اسكندرية ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٩ - مجلة التشريع والقضاء ٦٧/٣٤/٢ : * وكالة الزوج عن زوجته هي - على حسب ما جرى به العرف - مما يتحقق وجوده فعنا ويكفى في اثباتها مجرد قيام رابطة الزوجية * فالفاقورة الموقفة من الزوج تلغزم بها الزوجة ولو لم يكن متصوفا فيها على وكالة الزوج متى ثبت أن هذه الفاقورة كانت عن اشياء لازمة للزوجة وأن المعاملة كانت على هذا الاعتبار .

(٢) نقض ٦ مارس سنة ١٩٥٢ فى الطعن رقم ٤٢ سنة ٢٠ ق للنشور فى مجموعة أحكام النقض للدلية - السنة الثالثة - العدد الثانى رقم ١٠٣ ص ٦٠١ وما بعدها - وبهذا الحكم تلغى المحكمة حكم استئناف الاسكندرية المشار اليه فى الحاشية السابقة - وقد قررت محكمة النقض فى حكمها هذا أنه * حكم محكمة الاستئناف فيما حصله من أن تصرف المطعون عليه الثانى (الزوج) بالشراء كان بوصفه وكيلها عن زوجته الطاعنة وأن هذه الوكالة كانت وكالة ضمنية قد جاء قاصرا عن بيان الوقائع التى سوغت لديه القول بقيام هذه الوكالة وقت الشراء وبأن الزوج اذا اشترى اما تعاقد بالنيابة عن زوجته * ولا يفنى عن التحقق من كلا الأمرين مجرد ثبوت علاقة الزوجية اذ هي وحدها غير كافية فى هذا الصدد كما لا يفنى عن ذلك ما قرره الحكم من قيام عرف على هذه الوكالة اذ ليس ثابتا وجود عرف مستقر فى هذا الخصوص * .

ويمثل هذا الحكم اتجاها الى عدم الاكتفاء بمجرد قيام علاقة الزوجية للقول بوجود انابة ضمنية من الزوجة الى زوجها والى اشتراط قيام أدلة أخرى على وجود تلك الانابة تستخلص من وقائع الدعوى بالإضافة الى رابطة الزوجية * ولعل فى هذا الحكم تصويرا لتطور الحالة الاجتماعية فى مصر تطورا أدى الى تمتع المرأة بتصيب أكبر من الحرية فى =

وأخيراً فإن استنتاج وجود النيابة الضمنية هو — كما قررت محكمة النقض (١) — مسألة موضوعية مرجعها إلى كل حالة يظرفها وملابساتها المتروكة لتقديرها لقاضي الموضوع بغير معقب طالما كان استدلاله على هذه النيابة الضمنية « استدلالاً معقولاً ومستخلصاً من المستندات المقدمة في الدعوى وكذلك من ظروف الدعوى وكان هذا الاستدلال لا غبار عليه » .

٩١ — وقيام نيابة الزوج الضمنية عن زوجته على أساس من العرف والعادة — كما تقدم — وتغير الحكم فيها بتغير العرف في الزمان والمكان هو أمر مقرر كذلك في الشريعة الفراء ، وفي ذلك يقول التسولي في شرح العاصمية :

« والزوج كالوكيل عن زوجته فيما يليه من قبض ثمن ما باعته فيقضى له بقيضه ممن هو عليه وإن لم توكله عليه . لأنه وكيل عنها بإعادة ولا مفهوم للقبض بل سائر التصرفات من البيع والشراء وغيرهما كذلك حيث كانت عادة البلد تصرف الأزواج لأزواجهم بذلك . ابن رشد : يحكم للزوج بحكم الوكيل فيما باع واشترى لامرأته وإن لم تثبت وكالته للعرف الجاري من تصرف الأزواج لأزواجهم في أمورهن . هـ . فإن لم يكن عرفهم ذلك أو لا عرف أصلاً كما عندنا اليوم . . أو كان بين الزوجين مشاورة . . فلها رد ذلك وتضمينه أن تلف المقبوض وهو الجاري على ما في نوازل الصلح والرهن من الميار فيمن رهن أو باع مال زوجته فأنكرت إلاذن له أنها تحلف وترد ذلك » (٢) .

— إدارة أموالها ورعاية شئونها بيد أن كانت كل أمورها إلى عهد قريب بين يدي الزوج يتصرف فيها بما يراه كما كانت تقرر الأحكام القديمة التي سلطت الإشارة إليها وهو ما كان يتفق والواقع الاجتماعي في ذلك الحين .

(١) نقض ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ — المجموعة الرسمية ٤٣/٥٨/٥٩ . ونقض ٢ فبراير سنة ١٩٧١ — مجموعة المكتب الفني — السنة ٢٢ رقم ٢٧ ص ١٥٥ .
(٢) ج ١ ص ٢٥٥ — ويدرر بالملاحظة أن الشارح مقرئ من رجال القرن الثالث عشر أما ابن عاصم ناظم الأجزاء التي شرحها التسولي — ووردت فيها قاعدة كالة الزوج الضمنية مطلقة — فهو أندلسي من رجال القرن الثامن .

٩٢ - ولعل الرأي الأرجح في تأصيل نيابة الزوجة عن زوجها في شئون منزل الزوجية هو أن لا نرجعها الى اثابة ضمنية تتلمس قرائن صدورها عن الزوج ونسندھا الى ارادته ، فالرجوع بكل حالة من حالات النيابة غير المقترنة بوكالة الى فكرة الاثابة الضمنية هو - كما سبق لنا القول - أثر من آثار الخلط القديم بين النيابة والوكالة فحيثما كان الفقه أو القضاء يواجهان وضعاً تنفذ فيه تصرفات شخص في حق شخص آخر دون أن يربطهما عقد وكالة نراهما يتحريان وكالة ضمنية ينسبان اليها هذه النتيجة . أما وقد استقرت الآن فكرة استقلال النيابة عن الوكالة وارتفع بذلك هذا الخلط بينهما فلا محل للقول بوجود اثابة ضمنية في كل تطبيق من تطبيقات النيابة التي لا تكون مرتبطة بعقد وكالة بين النائب والأصيل .

ومن هذه التطبيقات التي نعمينا ، ما يرجع الى اثابة ناشئة عن وضع يشغله النائب بازاء الأصيل وهذا الوضع الذي يشغله النائب مصدره عمل ارادى من الأصيل يسند به الى النائب ذلك الوضع ، ثم يرتب القانون على شغل النائب لوضعه ذلك بالنسبة للأصيل أثراً هو النيابة عن ذلك الأصيل في تصرفات معينة ، فاسباغ صفة النيابة نتيجة يرتبها القانون على وضع انشأته للنائب ارادة الأصيل من غير أن يكون من المأخوذ أن تنج تلك الارادة الى انشاء الاثابة ومن غير حاجة الى تلمس اثابة ضمنية نمزوها الى ارادة الأصيل فالاثابة هنا تنشأ بترتيب الشارع لها لا بقصد الأصيل الى انشائها .

من أمثلة هذه الاثابة الناشئة عن وضع يشغله النائب :

١ - نيابة الزوجة عن زوجها في شئون منزل الزوجية - وان كانت أحكام القضاء تشير بشأها في الغالب الى وكالة ضمنية الا أنها تؤسسها على العرف والمادة الجارية فكان سندها قاعدة قانونية

موضوعية مصدرها العرف • وفي فرنسا تجلت هذه القاعدة القانونية الموضوعية منذ سنة ١٩٤٢ في حكم تشريعى هو الذى تحويه المادة ٢٢٠ المعدلة من القانون المدنى الفرنسى كما سبقت الاشارة الى ذلك (١) واذن فوضع الزوجة بالنسبة لزوجها يرتب عليه القانون اقامة لا موجب للبحث عن أساس آخر لها في ارادة الزوج الضمنية ، فارادة الزوج قد أنشأت الوضع الذى تشغله الزوجة والقانون يرتب على هذا الوضع اسباغ صفة النيابة على الزوجة في حدود معينة هي احتياجات مسكن الزوجية •

٢ - نيابة الريان عن المجهز والشاحنين - فالقانون البحرى في منظم البلاد يجعل لتصرفات معينة تصدر عن ربان السفينة آثارا مباشرة في ذمة ملك السفينة ومالكي البضاعة التي تحملها حسب الأحوال • ونفاذ تصرفات الربان في حق هؤلاء يرجع الى اقامة يرتبها القانون كنتيجة للوضع الذى يشغله الربان ازاءهم بصرف النظر عن اتجاه ارادة المجهز أو الشاحنين - صراحة أو ضمنا - الى انشاء تلك الاقامة ، فالنيابة هنا أثر انفرد القانون بترتيبه وتكفل ببيان حدوده ولم يدع لذوى الشأن حرية تعديله وفق مشيئتهم فكان العقد الذى يربط الربان بالمجهز أو عقد النقل الذى يربط هذا الأخير بالشاحنين مجرد شرط acte-condition يرتب على قيامه اسناد مركز قانونى موضوعي محدد ابتداء هو نيابة الربان عن المجهز وعن الشاحنين في الحدود التى يرسمها القانون (٢) •

(١) أنفا بند ٨٩ • ويلاحظ أنه منذ سنة ١٩٦٥ لم يعد الالتزام بآثار التصرفات الملزمة بشئون منزل الزوجية يقتصر - فى فرنسا - على الزوج بالنسبة لتصرفات زوجته بل أصبح يمتد الى الزوجة بالنسبة لتصرفات زوجها • وبالنسبة لإدارة الأموال المملوكة للزوجة أو للزوج تنص المادة ١٤٣٣ من القانون المدنى الفرنسى على أنه : « اذا تولى أحد الزوجين ادارة الأموال المملوكة للزوج الآخر خاصة يسلم هذا الأخير وبغير اعتراض من جانبه يفترض انه تلقى وكالة ضمنية تنسحب على أعمال الادارة والاستغلال دون أعمال التصرف » •

(٢) أنظر مصطفى كمال طه : أصول القانون البحرى ، بند ٢٥٦ وما يفسره •

وظاهر أن حكمة اسباغ النيابة على الربان هي احتياجه الى القيام بتصرفات قانونية لمصلحة السفينة وشحناتها في أماكن قاصبة لا يتيسر فيها الاتصال بمالك السفينة أو يحتاج الاتصال به الي وقت قد يترتب علي مروره ضرر علي السفينة أو الشحنة ، وبالنظر الي هذه الحكمة قضت محكمة التقضي المصرية بأن نيابة الربان عن مالك السفينة لا تسري الا حيث لا يوجد مالك السفينة أو من يعمل محله (١) .

٣ - نيابة مساعدي التجار - تسبغ قوانين التجارة في كثير من البلاد صفة النيابة عن التاجر في حدود معينة ، علي بعض مساعديه ، وبالأخص علي المندوبين المتجولين ، فمن ذلك تقنين التجارة الألماني (٥٥ م / ٢) وتقنين التجارة المجري (٤٥ م) وكذلك تقنين الالتزامات السويسري (٤٦٣ م) والتقنين المدني الإيطالي (٢٣١٠ م) فمقتضى هذه الأحكام تكون للمندوبين المتجولين مكتنة استيفاء أثمان ما يبيعونه من المروض ، كما أن لهم أن يمنحوا المشتريين آجالا لسداد الثمن ، وليس للتاجر أن يعدل أو يحد من هذه المكتنة . وهذه النيابة تنشأ عن الوضع الذي يشغله المندوب المتجول بالنسبة للتاجر ويرتبطها القانون دون حاجة الي القول بوجود ارادة ضمنية لدى التاجر بل أن التاجر كما قدمنا لا يستطيع أن يقيد من تلك المكتنة التي رسم حدودها القانون ، فإرادة التاجر يقتصر دورها علي انشاء الوضع الذي يشغله مساعده وعلى اختيار شخص ذلك المساعد ، أما النيابة عن التاجر فهي تترتب علي هذا الوضع بحكم القانون في الدائرة التي تعينها قواعده .

٩٣ - والحالات المعينة التي استعرضناها انما هي تطبيقات لفكرة عامة تنظم نوعا من انواع النيابة ، هي النيابة الناشئة عن وضع يشغله النائب بالنسبة للأصيل برضاء هذا الأخير وترتب علي هذا

(١) نقض ٢١ أكتوبر ١٩٦٩ - الحماية ٧١/٥٠/٥١ والعادة في القانون الانجليزي أيضا أن نيابة الربان لا تسري في وجود مالك السفينة أو عند امكان الاتصال به ، انظر ستولجار ص ١٥١ - ١٥٢ .

الوضع بحكم القانون صفة النيابة لمن يشغله عن الأصل في نطاق الحدود التي يرسمها القانون لهذه النيابة .

وقد نص على هذا النوع من النيابة كمساعدة عامة تقنين العقود الاسكندينية (١) في المادة ١٠ فقرة ٢ منه ونصها :

« اذا شغل شخص برضا شخص آخر وضعا من شأنه طبقا للقانون أو بحسب العرف أن تكون للأول صفة النيابة في التصرف لحساب الثاني في حدود معينة اعتبر الأول مفوضا عن الثاني في التعامل ضمن تلك الحدود » .

كما تضمن مشروع القانون الموحد في شأن النيابة الذي وضعه المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص النص على هذه القاعدة العامة في المادة ١٢ من المشروع التي تناول نشأة النيابة فتنص على أنه « تنشأ صفة النائب اما عن اذابة صريحة صادرة عن الأصل واما عن اذابة مستتدة الى وضع يشغله النائب ازاء الأصل برضا هذا الأخير الصريح أو الضمني »

والقانون الانجليزي يعرف كذلك قاعدة النيابة الناشئة عن وضع يشغله النائب وذلك ضمن قاعدة أعم هي امكان نشأة النيابة « بترتيب القانون تأسيسا على سلوك ذوى الشأن أو وضعهم أو بناء على ضرورات الحال » ومن أمثلة هذا النوع من النيابة في القانون الانجليزي نيابة الزوجة عن زوجها ونيابة الربان عن مالك السفينة والشاحن (٢) .

(١) المقصود بهذه التسمية تقنين العقود السويسرية الصادر في ١١ يونيو سنة ١٩١٥ الذي بينت نصومه الدائم بقانونها الصادر في ٨ مايو سنة ١٩١٧ ثم الترويج بقانونها الصادر في ٢٩ مايو سنة ١٩١٨ ثم فعلتها بقانونها الصادر في ١٣ يونيو سنة ١٩٢٩ ثم اعلمتها بقانونها الصادر في أول فبراير ١٩٣٦ فاصبحت بذلك أحكام هذا التقنين سارية في بلاد الشمال الغربية للقارة .

(٢) بوستيد طبعة ١٩٥٩ ص ٥ وما لسيوري - ج ١ ص ١٥٢ .

وفي القانون الأمريكى نجد أن النيابة قد تنشأ عن الوضع الذى يشغله النائب وإن « الأصل إذا اسند الى النائب - أو سمح له أن يشغل - وضعا من شأنه فى جارى عادة الجهة ، أو التجارة ، أو المهنة أن تكون للنائب صفة فى القيام بتصرفات معينة فإن لكل متعامل مع هذا النائب أن يستنتج أن له تلك الصفة ما لم يوجد دواع للاعتقاد بغير ذلك » (١) وبناء عليه فإن « تعيين شخص فى وظيفة مثل مدير أو صراف تستتبع فى العادة اختصاصات معينة من شأنه أن يجعل لهذا الشخص صفة فى التعامل مع من يعملون بهذا التعيين فى كل ما هو فى العادة من اختصاص شاغل تلك الوظيفة وذلك بصرف النظر عما قد يكون مفروضا على هذا النائب بالذات من قيود غير معلومة لهم (٢) » .

٩٤ - ومميزات النيابة الناشئة عن وضع يشغله النائب هي :

١ - قيام هذه النيابة على عمل ارادى من الأصل يسند به الى النائب الوضع الذى تترتب عليه النيابة .

ومن هنا كان هذا النوع من النيابة داخلا ضمن حالات النيابة الاختيارية (٣) وذلك لوجود عمل ارادى صادر من الأصل لولاه لما نشأت النيابة وإن لم يكن ذلك العمل الارادى منصبا على انشاء الولاية بالذات ، اذ يكفي لاعتبار النيابة اختيارية أن تقوم فى أساسها على ارادة صادرة عن الأصل وأن يكون اختيار شخص النائب متروكا اليه وهو ما يتحقق فى حالات النيابة الناشئة عن وضع يشغله النائب .

٢ - ترتيب صفة النيابة على الوضع الذى يشغله النائب وتعدد مدى تلك النيابة بحكم قاعدة قانونية وضعية ، تشرعية أو عرفية ،

Restatement 2nd (1958), Agency, Sect. 49, Comment (١)

Mecham, Sect. 93 وإظر كذلك Ibid., Sect. 27, Comment a. (٢)

(٣) إظر أيضا بند ٧٩ .

فالنّياية أثر يرتبه القانون على الوضع الذي أنشأه الأصل وحدود تلك النّياية برسمها أيضا القانون اما مباشرة بنص تشريعي واما بالاحالة على العرف وهو أيضا من مصادر القواعد القانونية الوضعية .

٣- ليس للأصل أن يغير من حدود الاثابة التي يرتبها القانون عنى الوضع الذي يشغله النائب ولا أن يضيق من سلطات النائب أو أن يحد منها وكل ما قد يصدر عنه في هذا الصدد لا يحتج به على الغير الذين يتعاملون مع النائب ، وان ظل للأصل بطبيعة الحال الحق في انهاء النّياية بأرادته كما أنشأ الوضع الذي ترتبت عليه بأرادته وذلك بأن ينهى الوضع الذي شغله النائب برضاه والذي يقوم عليه هذا النوع من النّياية فتتقضى تبعاً لذلك .

الفصل الثانى

مدى النيابة

٩٥ - مكنته النائب فى ابرام تصرفات قانونية ينصرف أثرها الى الأصل اما أن تكون مطلقة واما أن تكون مقيدة بوجه من وجوه التقيد .

وطبيعى أن يكون ترتيب أثر النيابة - أعنى انصراف آثار التصرف الى الأصل وحده مباشرة - مشروطا بدخول تصرف النائب فى نطاق حدود نيابته فإذا أجرى النائب تصرفا خارج تلك الحدود لم تترتب آثاره فى ذمة الأصل - اللهم الا اذا أقره هذا الأخير .

وقد تضمنت المادة ١٠٥ من القانون المدنى المصرى القاعدة فى هذا الباب اذ نصت على أنه « اذا ابرم النائب فى حدود نيابته عقدا باسم الأصل فان ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف الى الأصل » ومفهوم هذا النص بالاستنتاج العكسى أن ما خرج عن حدود النيابة من تصرفات النائب لا تنصرف آثاره الى الأصل (١) .

وتعين مدى النيابة وبيان حدودها امر مرده الى مصدر صفة

(١) نفس مدى ١٢ مايو ١٩٦٠ - مجرعة الكتب الفنى - السنة ١١ ص ٣٦١ .

النائب فإن كان ذلك المصدر هو القانون - في النيابة الضرورية (القانونية) - تولى القانون في كل حالة من حالات تلك النيابة بيان مدى النيابة وحدود سلطة النائب ، ويقوم القانون بذلك البيان وهذا التحديد بكل دقة بنصوص جامعة مانعة وذلك لتعلق الأمر في أغلب الأحيان بحقوق أشخاص جعلهم القانون موضع حمايته كالتقصر والمجور عليهم والغائبين ويلحق بحالات النيابة الضرورية من حيث قيام القانون بتحديد مدى النيابة حالة النيابة المستندة الى وضع يشغله النائب والتي تعرضنا لها فيما تقدم في البنود ٩٢ - ٩٤ •

أما اذا كان مصدر صفة النائب هو ارادة الأصيل - في النيابة الاختيارية (الاتفاقية) - فإن مدى النيابة وحدود سلطة النائب تتحدد بالنظر الى الانابة الصادرة من الأصيل ويكون الأمر اذ ذاك أمر تفسير ارادة الأصيل المتجلية في الانابة (١) •

وعلى ذلك يمكن أن نقول ان تعيين مدى النيابة الضرورية (القانونية) وبيان ما اذا كان تصرف معين داخلا في حدودها أو خارجا عن تلك الحدود هو مسألة قانونية مردها الى تطبيق وتفسير نصوص القانون وبهذا الوصف يدخل الفصل النهائي - في حالة النزاع - ضمن سلطان محكمة النقض ، بينما أمر تعيين مدى النيابة الاختيارية أو الاتفاقية (الانابة) وبيان حدودها يرجع الى تفسير ارادة الأصيل ويكون هذا مسألة موضوعية يفصل فيها قضاة الموضوع نهائيا بلا معقب من محكمة النقض •

(١) كان المشروع المسمى للقانون الذي اقترحه في سنة ١٩٠٦ من المشروع الذي كانت تقره لجان ١٠ - النيابة من التتبع وهو نص المادة ١٥٦ من المشروع الذي كانت تقره لجان ١٠ - النيابة اتفاقية أو قانونية ٢ - يعهد التفويض الصادر من الأصيل لتفويض سلطة النائب عندما تكون النيابة اختيارية ، فلا كانت قانونية فالقانون هو الذي يعهد تلك السلطة •

وقد قررت هذا المبدأ محكمة النقض المصرية في حكم لها صادر في ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ (١) (تلاه غيره في معناه) فقد قرر هذا الحكم أن «لقاضى الموضوع بماله من السلطة في تعرف حقيقة ما أراده العاقدان في العقد المبرم بينهما أن يحدد مدى الوكالة على هدى ظروف الدعوى وملاساتهما فإذا كان ما حصلته المحكمة من ذلك تبرره المقدمات التى ساقتهما ولا يتعارض مع أى نص في عقد الوكالة فلا تقبل مناقشتها لدى محكمة النقض» •

وتسوقنا صياغة المبدأ الذى قرره هذا الحكم الى التعليق على عبارة «مدى الوكالة» وعلى قول المحكمة أن لقاضى الموضوع أن يتعرف «حقيقة ما أراده العاقدان في العقد المبرم بينهما» - ذلك أن هذه العبارات تثير في الذهن ما سبق لنا الكلام فيه من استقلال الافة كتحريف قانونى عن عقد الوكالة أو غيرها من العقود التى ترتبط بها •

ولا بأس على صياغة المبدأ بالشكل المتقدم اذا كان الأمر خاصا بتعريف مدى التزامات الطرفين في عقد الوكالة ذاته أما والأمر يتعنى تعريف مدى النيابة وحدود سلطة النائب فالمرجع في ذلك انما يكون

(١) الحاماة السنة ٢٣ رقم ١٧٦ ص ٤٠٦ وينظر للمنى حكم النقض ١٧ فبراير ١٩٤٤ الحاماة السنة ٢٦ رقم ٢٢٤ ص ٥٩٣ ونقض ٥ أبريل ١٩٥٦ - مجموعة الكتب القنى (المدنية) السنة ٧ ص ٤٨٩ ونقض ٢٥ ديسمبر ١٩٦٩ - الحاماة ٧١/١١/٥٢ المبدأ الخامس ونقض ٦ يناير ١٩٧٠ - الحاماة ٣٥/٣٠/٥٢ - وانظر حكم النقض الفرنسى (عراقى) ٧ نوفمبر سنة ١٩٦٨ سهرية ٦١/١/٣٩ وكذا حكم النقض الفرنسى (مدنى) ١٠ يوليو سنة ١٩٤٥ دالوز ١٨١/١٩٢٦ •

« Il rentre dans le pouvoir d'appréciation des juges du fond de fixer, d'apprécier les circonstances de la cause et à l'aide des présomptions qu'elles leur fournissent, l'étendue d'un mandat tacite donné en matière civile (même pour un objet dépassant la valeur de 500 francs) et dont l'existence est reconnue par les parties ».

وعلى هذا الحكم تعليق بقلم Mimmi

وأيضاً حكم النقض الفرنسى (الدوائر المتجمعة) ٣٦ يناير سنة ١٩٦٤ - المجموعة الرسمية لمحكمة النقض الفرنسية ٣٩/٥٦/١/١٩٦٤ •

الى الاثابة الصادرة عن ارادة الاصيل وحده لا الى الوكالة التي تتميز
عنها ولا تختلط بها كما اصلقنا •

وليست هذه مجرد ملاحظة نظرية مبمها الحرص على عدم الخلط
بين الاثابة والوكالة وانما يتصور أن يحدث في العمل أن يختلف مدى
الاثابة عن مدى الوكالة فيكون أوسع منه أو أضيق كما قد تكون
الاثابة معلقة على شرط أو محددة بأجل دون أن تكون الوكالة كذلك
ومن أمثلة ذلك أن يرم بين (أ) و (ب) عقد وكالة موضوعة ادارة
الأول لعموم أعمال الثاني وتصدر بمناسبة هذه الوكالة ااثابة عن الاصيل
في تأجير أطيانه (مثلا) للغير ، فيكون مدى النيابة هنا قاصرا على عقود
الايجار التي تبرم مع الغير فتتصرف آثارها رأسا الى الاصيل بينما يكون
توكيل في سائر أعمال ادارته وكلا غير نائب يتصرف باسمه هو لحساب
موكله فلا تتصرف آثار تصرفاته مباشرة الى الاصيل بل ينقلها اليه
وكيله فيما بعد • ومثال آخر : (أ) وكل (ب) في شراء منزل دون أن
تتضمن الوكالة ااثابة ثم أبلغ (أ) أحد البائعين المحتملين (ج) ااثابة (ب)
في الشراء فاذا تعاقد (ب) و (ج) كنا أمام حالة نيابة اذ تتصرف آثار
العقد رأسا الى (أ) بحكم الاثابة الصادرة منه موجهة الى (ج) أما اذا
أشترى الوكيل من بائع محتمل آخر غير (ج) فلا تكون أمام حالة نيابة
بل يعتبر (ب) في هذه الحالة وكلا غير نائب يتعاقد باسمه وانما لحساب
موكله ، وهنا كذلك نرى أن مدى النيابة قد اختلف عن مدى الوكالة اذ
كان أضيق منه من حيث أشخاص الغير الذين يتعاقد معهم الوكيل •
نخرج من ذلك بأن تعرف مدى النيابة وبيان حدودها انما يكون في
الواقع بتفسير ارادة الاصيل وحده المتجلية في الاثابة لا بتفسير ارادتي
الطرفين في العقد الذي صدرت بمناسبة الاثابة فهذا المقدر لا ينبغي
الاعتداد به في هذا الصدد •

٩٦ - وتقييد مكنة النائب في اجراء تصرفات ينصرف أثرها الى الأصل مباشرة يكون بوجه من الوجوه التي تؤثر في مدى النيابة كل من ناحية معينة :

١ - من حيث الزمان : فقد تكون الانابة مطلقة من هذه الوجهة أو تكون مقيدة بزمان معين تنقضى بانقضائه أولاً تبدأ الا بإبتهائه فتكون معلقة على شرط موقف *

والتقييد بالزمان كما يكون صريحاً بذكر تاريخ معين قد يكون ضمناً كمن ينبى غيره في استئجار منزل بقصد الاصطياف مثلاً فتكون الانابة قاصرة على موسم الصيف بالشكل المتعارف عليه وإذا استأجر النائب منزلاً بعد انقضاء هذا الموسم يكون قد تجاوز حدود نيابته . وهذا وأن من تشريعات بعض البلاد الأجنبية ما يحدد مدى الانابة في الزمان بنص صريح ومن ذلك المادة ٢٦٨ من القانون المدني السوفيتى التى تنص على انقضاء الانابة بمضى سنة على صدور ما لم يجددها الأصل خلال تلك المدة وليس هذا النص من مستحدثات التشريع السوفيتى فقد كان القانون الروسى القديم ينص على القاعدة عينها مع تحديد المدة بثلاث سنوات *

٢ - من حيث الشخص : فقد تكون الانابة بالنسبة للغير عموماً وقد يحدد الأصل شخص الغير الذى يتعاقد معه النائب وفي هذه الحالة ليس للنائب أن يتجاوز حدود نيابته بتعاقد مع شخص آخر غير من حدده الأصل . وكما يكون تقييد الانابة من حيث شخص الغير ناتجاً من صنيعتها الموجهة للنائب ، يكون كذلك ناتجاً من مجرد توجيه الانابة الى غير معين فالانابة الخارجية الموجهة الى شخص معين هى دائماً انابة مقيدة من حيث الشخص فتعاقد النائب مع شخص خلاف من وجهت اليه الانابة خارج عن حدود نيابته ولا يترتب عليه انصراف الآثار الى الأصل *

٣ - من حيث الموضوع : فقد تكون الانابة خاصة بتصرف واحد معين فلا تعداه الى سواء وقد تكون عامة في جميع التصرفات كما قد تشمل نوعا أو أنواعا معينة من التصرفات أو فرعاً دون غيره من فروع نشاط الأصل وقد تقيد بأوصاف معينة في التصرفات التي يجريها النائب كأن لا تتجاوز قيمتها مبلغاً معيناً أو لا يترتب عنها على الأصل الا مسئولية محدودة .

٤ - من حيث الشكل : فقد تكون الانابة مقيدة بوجود أن تكون تصرفات النائب مع الغير في شكل معين كمن يخول نائبه مكنة التعاقد باسمه بالكتابة فقط ولا يقبل أن تدخل تمهيدات النائب الشفوية في حدود النيابة (١) .

٥ - وأخيراً قد تكون الانابة معلقة على شرط فلا توجد الا بتحقيقه ويكون تصرف النائب قبل تحقق الواقعة المشروطة خارجاً عن حدود نيابته وغير مرتب لأثار في ذمة الأصل .

ووجود التقييد والاطلاق المشار اليها تخلص من التمييز عن ارادة الأصل في الانابة أو من تفسير تلك الارادة ان كان يعوزها الوضوح .

فاذا كانت ارادة الأصل المتجلية في الانابة صريحة في بيان حدود النيابة وتعيين مداها فلا تعرض صعاب في هذا الصدد والا وجب اللجوء الى تفسير تلك الارادة وقد وضع القانون بعض القواعد التي يجري على أساسها هذا التفسير . (انظر ما يلي بند ٩٨) .

(١) هذا ويعتبر ان يثبت هذا التقييد الوارد على شكل التصرفات التي يجريها النائب في ذات المصنف المثلث للانابة حتى يحيط به الغير علماً . اما تقييد الأصل لنائبه من حيث شكل تصرفات النائب بتعليمات شفوية أو كتابية صادرة من الأصل الى نائبه فيأخذ حكم سائر تعليمات الأصل المتعلقة بالملازمة الداخلية بينهما - انظر ما يلي بند ١١٢ وما بعده .

٩٧ - ومن الحالات التي تعرض كثيرا في العمل وتكون فيها حدود النيابة واضحة لا تخرج الى تفسير ارادة الأصل حالة الوكلاء المفوضين شركات المساهمة (fondés de pouvoirs) ذلك أن ضرورات الحياة التجارية لا تجعل من الميسور أداء أغراض الشركات الكبرى بواسطة نشاط الأعضاء *organes* المعبرة عن ارادتها وحده فبحوار الجمعية العمومية للمساهمين ومجلس الإدارة وأعضاء المجلس المنتدبين يحوج العمل الى الاستعانة بنواب عن الشخص المعنوي يبرمون لحسابه وباسمه التصرفات القانونية التي يستلزمها الحال ويكون ذلك عن طريق اصدار الشركة لنشرات تعين فيها أشخاص أولئك النواب الذين يختارون من بين موظفي الشركة وتبين بجلاء حدود المكنة الممنوحة لهم من حيث نوع التصرفات التي يستطيعون ابرامها ومن حيث افراد أحدهم بالتصرف أو وجوب اجتماع اثنين منهم أو أكثر على أنجراء التصرف الى غير ذلك من الحدود المعنية لنطاق نيابة هؤلاء النواب الذين اصطلح على تسميتهم في العرف التجاري بالوكلاء المفوضين . والواقع أن اطلاق اسم الوكلاء على هؤلاء النواب فيه مجاوزة للدقة الواجبة ، إذ أنه لا تربط هؤلاء بالشركة عقود وكالة بالمعنى الصحيح وانما هم موظفون لديها تربطهم بها عقود عمل وتصدر لهم بمناسبة تلك العقود اذابة خارجية موجهة الى الغير الذين يتعاملون مع الشركة وفي تلك الاذابة تعين الشركة أشخاص نوابها وتحدد مدى نيابتهم عنها فهنا نجدنا أمام حالة بارزة وتطبيق ذائع الانتشار للاذابة التي تربط بمقد العمل دون أن تكون لدينا أية رابطة وكالة .

وإذا كان هؤلاء نوابا بالمعنى الصحيح عن شركات المساهمة فأتالا نرى في الجمعيات العمومية او مجالس الإدارة ولا في رؤساء تلك المجالس او اعضاءها المنتدبين قرايا عن شركات المساهمة وانما هؤلاء « أعضاء » تلك الأشخاص المعنوية الناطقة بارادتها *organes*

وشخصيتهم القانونية في نطاق تلك الصفات ليست مميزة عن شخصية الشركة التي يمثلونها وارادتهم فيما يرمونه من تصرفات باسم الشركة انما هي في اعتبار القانون ارادة الشخص المعنوي ذاته مباشرة ، وهذه الارادة المباشرة انما تصدر عن عضو الشخص المعنوي الذي من وظيفته الانصاح عن تلك الارادة طبقا للقانون أو لنظام الشخص المعنوي ولا يمكن والحالة هذه اعتبار هؤلاء الأعضاء نوابا لأن الذي يميز النائب هو تمييزه عن ارادة خاصة به ترتب عليها آثار تلحق الأصيل ولا كذلك عضو الشخص المعنوي فهو يعبر عن ارادة ذلك الشخص نفسه بطريق مباشر •

ومما يميز العضو عن النائب أن العضو لا تصدر له اقامة من الشخص المعنوي وانما هو يستمد صفته من القانون أو من نظام الشركة رأسا بحيث يسوغ القول بأنه (أي العضو) ينشأ مع نشأة الشخص المعنوي ذاته مستندا في وجوده الى ما يستند اليه كيان الشخص المعنوي من قانون أو نظام فهو عنصر أصيل في كيان الشخص المعنوي . أما النائب بالمعنى الصحيح فهو الذي تصدر له من الشخص المعنوي (بواسطة عضوه الذي من وظيفته ذلك) اقامة موجهة اما اليه واما الى الغير كما هو الشأن في « الوكلاء المفوضين » الذين سلف الكلام عنهم هؤلاء - دون الجمعية العمومية أو أعضاء مجلس الإدارة - هم النواب عن شركات المساهمة بالمعنى الدقيق (١) وتصرفات هؤلاء

(١) من هذا الرأي - ميقو : نظرية الشخصية المعنوية ج١ بند ٥٩ وما بعده وخصوصا بند ٦٤ وبلجساي بند ٣٠ من ٣٦ وماسينيون ص ١٤٤ - ١٤٧ وعبد الحمي حجازي ج٢ ص ٢٢٣ - ٢٢٤ وكولان كاييتان وجوليو ديلامووالدير : موسوعة القانون المدني ، باريس ١٩٥٩ ج٢ بند ٢٧٧ وجوليو ديلامووالدير : القانون المدني ، باريس (دالوز) ١٩٦٦ ، بند ٢٧ ومن الرأي العكس الذي يعتبر عضو الشخص المعنوي نائباً بللقى الصحيح : كالديز ص ١١١ - ١١٤ ورواست في أعمال جمعية هنري كاييتان سنة ١٩٤٩ ص ١١٥ وقد تابعه سالفانيه في الجزء الأول من الطبعة الثانية من موسوعة بلايول وريو (سنة ١٩٥٢) ص ١١٠ بند ٩٣ مكرر وقد وردت في هذا =

المفوضين عن الشركة تعتبر وحدها حاصلة بطريق النياية أما التصرفات
التي يجريها العضو فهي حاصلة بطريق الاصاله (١) .

على أن هذا لا ينفي ضرورة ظهور صفة العضو في كل معاملاته
مع الغير ، فهنا كما في حالة النياية (٢) لا بد من توفر العلم بصفة العضو
لدى الغير الذي يتعامل العضو معه لحساب الشخص المعنوي ، ولا ترجع
آثار تصرف العضو الى الشخص المعنوي مباشرة ما لم يكن العلم بالصفة
التي يجري بها ذلك التصرف مشتركاً بينه وبين الغير المتعاقد معه
وما ذلك الا لكون العضو شخصاً طبيعياً له مجاله القانوني الخاص به
وله ذمته التي لا تختلط بذمة الشخص المعنوي فكان لا بد في كل
تصرف يجريه من أن نعرف بأية صفة كان تصرفه : أهو لنفسه أم
للشخص المعنوي الذي هو عضوه .

٩٨ - هذا وإن اخرج الأمر في تحديد مدى النياية الى تفسير

== البند ملاحظة كانت حرية بالتدليل على أن العضو ليس بنائب بالمعنى الدقيق وذلك إذ
يقول المؤلف إن ثمة فرقاً بين النياية من الشخص المعنوي وبين النياية من الشخص
الطبيعي مرده الى أن الشخص الطبيعي الاصيل يعتمد - ولو نظرياً - بإرادة خاصة
متميزة من نائبه بينما إرادة الشخص المعنوي تختلط بإرادة العضو أو أنها هي تلك
الإرادة ، وفي هذا دليل على أن العضو ليس نائباً لأن الخصيصة المميزة للنياية هي
تعبير النائب عن إرادته هو التمييز عن إرادة الاصيل . ولا يزال صافياً عند رآيه في عدم
الفرقة بين النائب والعضو أنظر مقاله في « دالوز الإيسوي » ١٩٥٩ ص ٤٧ وما بعدها
بند ٨ - هذا وإن الأستاذ ويبير لم يظهر الرأي الذي أيداه الأستاذ دواست في
بعده المشار اليه المنشور في مجموعة أعمال جمعية هنري كابيتان - أنظر المرجع المذكور
ص ١٥٩ حيث يرى ويبير أن عضو الشخص المعنوي ليس مجرد نائب .

ومن الملاحظ أن اتفاقية لاهاي رقم ٢٧ بشأن القانون واجب التطبيق على النياية
والتي أقرها مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص في دورته الثالثة عشرة سنة ١٩٧٧
قد نصت في مادتها الثالثة على أن عضو الشخص المعنوي لا يعتبر نائباً في تطبيق أحكام
تلك الاتفاقية .

(١) محكمة النقض المصرية تسامر النظر القائل بأن عضو مجلس الإدارة المنتدب
وكيل عن شركة المساهمة . أنظر نقض مدني ٢١ ديسمبر ١٩٦٩ مجموعة الكتب الفقهية
السنة ٢٠ ص ١٣٧ ونقض مدني ٢٠ أبريل ١٩٧١ - مجموعة الكتب الفقهية - السنة ٢٢
ص ٥٠٠ .

(٢) أنظر ما نقل عنه ١٣٧ وما بعده .

أولاً: الأصل المنشئة للإفابة فإنه يلاحظ على وجه المعلوم أن هذا التفسير يكون في الإفابة الداخلية طبقاً لصيغتها الضادة إلى النائب وإلى مجموع الظروف التي يعلمها هذا الأخير بينما يكون التفسير في الإفابة الخارجية وفقاً لصيغتها الموجبة إلى الغير والظروف التي يلم بها هذا الغير، وقد أورد القانون المصري في تنظيمه الوكالة المادتين ٧٠١ و ٧٠٢ اللتين تضمنان بعض قواعد تفسير الإفابة بقصد تحديد مداها :

المادة ٧٠١ - « الوكالة الواردة في ألفاظ عامة لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل لا تغول الوكيل »
« صفة إلا في أعمال الإدارة ويعد من أعمال الإدارة الإيجار إذا لم »
« تزد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء »
« الحقوق ووفاء الديون ويدخل فيها أيضاً كل عمل من أعمال التصرف »
« تقتضيه الإدارة كبيع المحصول وبيع البضاعة أو المنقول الذي يسرع »
« إليه التلف وشراء ما يستلزمه الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه »
« ولاستغلاله » •

كما تنص المادة ٧٠٢ على أنه « لا بد من وكالة خاصة في كل عمل »
« ليس من أعمال الإدارة وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات »
« والصلح والاقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء »
« والوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح »
« ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص إلا إذا كان العمل »
« من التبرعات » •

« والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور »
« المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقاً لطبيعة »
« كل أمر والعرف الجاري » •

وهذه النصوص، تقابل نصوص المواد ٥١٥ و ٥١٦ و ٥١٧ من
التقنين القديم ولا تختلف عنها كثيرا في أحكامها (١) .

وعلى هذا فورد الالباق في الفاظ عامة مؤداه في القانون المصري
اقتصارها على أعمال الادارة التي مثلت لها المادة ٧٠١ بذكر الايجار
لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء
الحقوق ووفاء الديون الخ . وبديهي أن الأعمال التي عدتها تلك المادة
لم تأت الا على سبيل المثال فيصح أن يضاف اليها كل عمل آخر يعتبر
من أعمال الادارة حسب طبيعته ووفقا للعرف الجاري .

أما ما عدا أعمال الادارة فإن القانون يشترط لصحة الالباق فيها
أن تكون خاصة فيذكر فيها العمل المخول الى الوكيل القيام به اما بنوعه
دون تحديد محله وذلك اذا كان التصرف المخول الى الوكيل من غير
التبرعات واما بنوعه ومحله بالذات في حالة التبرعات .

وهكذا نرى أن أعمال الادارة يصح أن تكون محلا لالباق عامة
أو خاصة أما أعمال التصرف فلا تكون محلا الا لالباق خاصة لخطورتها
« فاذا كان العمل تبرعا كالهبة والمعارية فلا تكفي الوكالة الخاصة دون
تعيين المال الذي يرد عليه العمل القانوني ، وبالحفظ أن تدرج
الأعمال في الخطورة يتمشى معه تدرج الوكالة في التخصص فما كان
من الأعمال محدود الخطورة كأعمال الادارة تكفي فيه الوكالة العامة

(١) تقابل حكم المادة ٧٠١ من القانون المدني المصري أحكام المواد ٦٦٧ من القانون
المدني السوري و ٧٠١ من القانون المدني الليبي و ٧٧٦ من تقنين لوجبات العقود اللبناني
و ٥٧٢ من القانون المدني الجزائري . تقاربه أحكام الفصلين ١١١٩ و ١١٢٠ من مجلة
الانزامات والعقود التونسية و ٨٣٧ من القانون المدني الأردني أما القانون المدني العراقي
(م ٩٣٦) فتحكمه في الوكالة العامة بخلاف حكم القانون المصري والقوانين المطابقة له
لا الوكالة العامة في القانون العراقي لا تقتصر على أعمال الادارة بل تشمل كل التصرفات
ولو تبرعية فهي لا تخصص الا بتخصيص للوكيل لها . وحكم القانون العراقي في هذه
النقطة قريب من حكم القانون الألماني . أنظر ما يلي منه ١٠٠ .

فإذا زادت خطورة العمل كما في أعمال التصرف وملحقاتها وجب أن تخصص الوكالة في نوع العمل القانوني حتى إذا وصلت الخطورة إلى الذروة كما في أعمال التبرع وجب أن تخصص الوكالة في نوع العمل القانوني وفي محله « (١) فإذا كانت الاثابة خاصة تقيدت صفة النائب في ابرام تصرفات باسم الأصل بما هو وارد في الاثابة مع تواجبه الضرورية وفقا لطبيعة العمل وللعرف الجارى (م ٧٠٢ فقرة ٣) (٢) •

٩٨ مكرر - رأينا أن الاثابة في التبرعات لا يكفى أن تكون خاصة من حيث نوع التصرف المخول للنائب في القيام به بل ينبغي تخصيصها كذلك من حيث المال محل الصرف وذلك مراعاة لخطورة التبرعات وحتى لا يكون النائب مطلق اليد في التبرع بما يشاء من أموال الأصل •

ولكن هل معنى ذلك أنه لا بد من ذكر المال محل التصرف في سند الاثابة ذاته أم يكفى أن يعين ذلك المال بأية طريقة أخرى كالاثابة مثلا في سند الاثابة الى وثيقة أخرى تتضمن بيان المال موضوع التبرع •

ان كل ما تشترطه المادة ٧٠٢ هو أن يعين محل التصرف على وجه تخصيص اذا كان هذا التصرف من التبرعات ولا يشير النص الى ضرورة ذكر محل التبرع في سند الاثابة وحكمة النص هي حماية الموكل ازاء الخطورة التي تتسم بها أعمال التبرع ويكفى لتحقيق هذه الحكمة

(١) المذكرة الايضاحية للقانون اللبناني المسمى على المادتين ٧٠١ و ٧٠٢ •

(٢) انظر حكم شبيخ الكوم الابتدائية ١٤ مارس سنة ١٩٣٢ - المحاماة السنة ١٣ رقم ٢٩١ ص ٥٦٥ « للوكيل أن يجرى كافة الأعمال التي تشمل بطبيعتها ضمن العمل المصرح به في التوكيل بحيث تعتبر وسيلة محقة لتفليده ونتيجة لازمة له » وانظر حكم محكمة مصر الابتدائية ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٤٩ المحاماة السنة ٣٠ رقم ٥٤٠ ص ١٢٤٧ الذي قضى بأن التوكيل في ادارة تجارة الموكل يتضمن التفويض في التوقيع على السفقات الادائية وغيرها لانها الوسيلة الطبيعية لتناء التجارة •

أن يكون الموكل عالماً علماً كافياً بالمال الذي سيتصرف فيه وكيله على وجه التبرع وقد توفّر هذا العلم لدى الموكل إذا أحال مسند الاثابة (التوكيل) على وثيقة أخرى صادرة من الموكل وحاوية بياناً وافياً للمال محل التصرف فمعيار تخصيص الاثابة في التبرعات من حيث الموضوع هو علم الأصل بالمال المخول للنائب التصرف فيه والصورة المثلى لتحقيق هذا العلم لدى الأصل هي بيان ذلك المال في مسند الاثابة ذاته فهنا لا تنشأ أية صعوبة في تحديد مدى سعة نيابة النائب. ولكن الصعوبة تنشأ إذا لم يرد ذكر محل التصرف في مسند الاثابة الا بطريق الاحالة وفي هذا الغرض يتعين البحث على ضوء ظروف كل حالة عما اذا كان لدى الأصل العلم الكافي بالمال الذي سيرد عليه تصرف النائب فإذا توفّر لديه هذا العلم بوجه قطعي تحقق شرط تخصيص الاثابة من حيث محل التصرف أما اذا كانت الظروف لا تدل على أن لدى الأصل مثل هذا العلم اليقيني بالمال الذي سيرد عليه التصرف فإن تعيين هذا المال في مسند الاثابة بطريق الاحالة - دون ذكره في صلب السند - لا يكون كافياً .

وعلى هذا قضت محكمة النقض المصرية بأنه « اذا كان المظنون عليه قد عهد الى وكيله بالتنازل عن نصيبه في ميراث ولم يعين في عقد الوكالة المال الذي انصب عليه التبرع بالذات فإن هذا التنازل يكون قد وقع باطلاً ولو كان الوكيل عالماً بالمال محل التبرع طالماً أن القانون قد اشترط تحديده في ذات مسند التوكيل » (١) وظاهر أن الأصل في

(١) نظرياً على ١٨ نوفمبر ١٩٦٢ - مجموعة للكتب الثاني ١٩٧٧/١٤٩/١٣ - ويلاحظ على هذا الحكم أن القانون لم يشترط تحديد المال موضع التصرف « في ذات مسند التوكيل » بل اشترط فقط أن « يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص » (م ٧٠٢ / ٢) كما أن قول المحكمة أن « هذا التنازل يكون قد وقع باطلاً » ينطوي على عدم ائتمانه في التعبير ذلك أن جواب تصرف النائب خارج حدود نيابته ليس هو البطلان بل عدم نفاذ تصرفه في حق الأصل .

مثل هذه الحالة قد لا يكون عالما بمناصر التركة التي تلقى الأثر فيها
 هنا كافا ولا عالما بما يدخل في نصيبه بالذات من أموال التركة ولذلك
 فالإثابة الصادرة في التنازل عن ذلك النصب جملة شوهها عدم تحديد
 محل التنازل وهو من التبرعات ولا يغني عن ذلك — كما يقول الحكم —
 أن يكون الوكيل عالما بالمال محل التبرع فالعبرة في تخصيص الإثابة
 في التبرعات بالمحل هي بعلم الأصل لا بعلم النائب •

وفي قضية أخرى فصلت فيها محكمة النقض (١) كان علم الأصل
 بالمال محل التبرع ثابت من الظروف بوجه قطعي ولذلك قضت المحكمة
 بأن الإثابة صحيحة ومنتجة لأثارها وإن لم يرد ذكر الأموال في سند
 الإثابة ذاته ، ويتلخص موضوع الطعن الذي صدر فيه هذا الحكم في
 أن أحد الواقفين أصدر توكيلا في تغيير اأشهاد وقف معين ولم يورد
 في صلب التوكيل بيان أعيان الوقف ومع ذلك فقد اعتبرت المحكمة أن
 التغيير الذي أجراه الوكيل بموجب هذا التوكيل صحيح ومنتج لأثاره
 برغم عدم ورود بيان الأعيان في سند التوكيل اكتفاء بأن حجة الوقف
 الواردة ذكرها في التوكيل ثابت بها بيان الأعيان محل الوقف وحدودها
 رعاها ، فهنا اكتفت المحكمة بالأحالة في سند الإثابة الى ورقة أخرى
 سبق صدورها من الأصل ذاته لأن مثل هذه الاحالة في هذه الظروف
 تقطع بعلم الأصل علما تاما بالأموال التي سيجرى عليها تصرف نائبه
 على وجه التبرع •

ولا نرى بين هذين الحكمين المتقاربين في التاريخ تناقضا فالتوفيق
 بينهما ممكن بإرجاعهما الى مبدأ عام هو أن العبرة في تخصيص الإثابة
 في التبرعات من حيث المال محل التصرف النائب فيه هي بعلم الأصل
 علما تاما ويعينيا بالمال الذي سيفع عليه التصرف سواء استمد الدليل
 على هذا العلم من ذكر ذلك المال في سند الإثابة ذاته أو استمد من

(١) نظري مدني ٦ مارس ١٩٦٨ - مجوعة للكتب الفني ٥٢٨/٧٩/١٩ -

من الأصل - يكون من شأنها امكان القول بتحقيق ما اشترطه القانون في المادة ٧٠٢ وهو أن « يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص » .

٩٩ - وإذا كانت الانابة خاصة بنوع من التصرفات القانونية في مستوى معين من الخطورة فهل يدخل ضمن حدود مكنة النائب اجراء تصرفات مشابهة أقل خطورة مما صرح به في الانابة ، وذلك على أساس أن من يملك الأكثر يملك الأقل ؟ الواقع أن الجواب على هذا التساؤل بالإيجاب وإن كان يتفق مع ظاهر المنطق إلا أن في اطلاق الحكم نظرا وذلك لما يكتنف كل حالة في العمل من ظروف مقتضاها تقييد اطلاق قاعدة « من يملك الأكثر يملك الأقل » ولذا كان من الأوفق أن يترك الأمر للقضاء في كل حالة على حدة ليقرر ما اذا كان العمل الأقل خطورة - من حيث نوعه - داخلا في نطاق النيابة طبقا للقاعدة المشار اليها أو خارجا عنها لما يلازمه في العمل من ظروف قد تجعل خطورته العملية أكبر من خطورة العمل المصرح به في الانابة .

وللقضاء المصري تطبيقات في هذا الشأن نستحسن الإشارة الى اثنين منها جاء الحكم في كل منهما مخالفا للحكم في الآخر ومن مقارنتهما يتضح تعذر اطلاق مبدأ « من يملك الأكثر يملك الأقل » بالنسبة لمدى النيابة وتبين وجوب ترك الأمر للقاضي في كل حالة بطروفا .

قضت محكمة الاستئناف المختلطة في حكم صادر لها في ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ (١) في قضية زوجة صدرت لها من زوجها انابة في البيع والشراء والرهن والقبض بأن لهذه الزوجة أن تقترض باسم زوجها عن طريق توقيع سندات اذنية ، وأن الأصل ملزم في هذه الحالة بالالتزامات التي يرتبط بها نائبه على هذا الوجه ، وقد تساءلت المحكمة

(١) الجبلان ٥٥/٣٧ وبشور أيضا في المحاماة السنة ٦ رقم ٢٢٤ ص ٢٩٢ .

في حيثيات حكمها : ما دام أن الزوجة بمقتضى الانابة أن ترهن أموال زوجها ضماناً لدين أفلا يكون لها أن تستدين باسمه بغير رهن ؟ وخرجت المحكمة من هذا التساؤل بجواب إيجابي استناداً إلى المبدأ القائل « من يملك الأكثر يملك الأقل » (١) .

وبعكس ذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة نفسها في حكمها الصادر في ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٢ (٢) في قضية زوج صدرت له من زوجته انابة في رهن أموالها وقام الزوج بالاقتراض باسم الزوجة بمقتضى هذه الانابة وذلك بغير رهن وعن طريق توقيع سندات أذنية ، فقد قضت المحكمة بأن تصرف النائب على هذا الوجه خارج عن حدود نيابته ولا يلزم الأصيل مقرر أن المبدأ القائل « من يملك الأكثر يملك الأقل » ليس مؤداه ادخال عمل غير مصرح به كالاقتراض عن طريق توقيع سندات في نطاق انابة قاصرة على رهن أموال الأصيل (٣) . وقد أوضحت المحكمة في حيثياتها أن خطورة الاقتراض عن طريق

(١) « من حيث أنه يخلص من التوكيل للنعم أمام الاستئناف أن زوجة دولتيان كـه صغر لها من زوجها توكيل في البيع والشراء والرهن وإسهم المبالغ وعلى ذلك فإذا كان لها بمقتضى هذا التوكيل أن ترهن أموال زوجها أفلا يكون لها أن تقترض لحسابه بغير رهن ؟ لا شك في الجواب على التساؤل بالإيجاب إذ أن من يملك الأكثر يملك الأقل » .

« Attendu qu'il résulte de la procuration produite en degré d'appel que l'épouse de Dawlatian avait reçu de son mari, mandat de vendre, acheter, hypothéquer et encaisser le montant : si donc elle pouvait, en vertu de ce pouvoir, hypothéquer les biens de son mari, ne pouvait-elle pas emprunter pour son compte sans hypothéquer ? L'affirmative est certaine : qui peut le plus peut le moins »... Cour d'Appel Mixte, 9 Décembre 1924, B. 37/55.

١٠/٥٥ البلتان (٢)

(٣) « Le mandat d'hypothéquer les biens du mandant ne saurait, en vertu du principe que qui peut le plus peut le moins, être étendu à un acte à l'accomplissement duquel le mandataire n'était pas formellement autorisé, tel qu'emprunter et souscrire des effets »... Cour d'Appel Mixte, 25 Novembre 1942, B. 55/10.

لا يسوغ تطبيقاً لمبدأ أن من يملك الأكثر يملك الأقل ، أن يمنحه التوكيل في رهن أموال الموكل إلى تصرف آخر لم يرخص فيه للتوكيل صراحة مثل الاقتراض وتوقيع الكمبيالات محكمة الاستئناف المختلطة ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٢ • البلتان ١٠/٥٥ •

توقيع سندات وبغير رهن قد تتجاوز في العمل خطورة الاقتراض برهن وذلك لأن التزامات الأصيل في هذه الحالة الأخيرة لا يمكن أن تتجاوز مبلغا يتناسب وقيمة أمواله التي سترهن ضمانا للدين بينما التزاماته في حالة الاقتراض بغير رهن لا تتحدد بشيء من ذلك وقد تتجاوز المدى الذي كان يقصده الأصيل عند صدور الافابة •

ومن ذلك يتضح أن ادخال التصرفات الأقل خطورة من حيث نوعها في نطاق افابة خاصة بتصرفات هي بطبيعتها أكثر خطورة ليس مما يمكن الأخذ به في جميع الأحوال وأن تطبيق المبدأ الذي مؤداه أن من يملك الأكثر يملك الأقل لا يصح أن يكون مطلقا فيما يختص بمدى النيابة بل يستحسن ترك التقدير فيه الى القضاء طبقا لظروف كل حاله مستهديا دائما بارادة الأصيل وقصده من اصدار الافابة (١) •

••• ٩٠ - وأحكام القانون المصري في خصوص مدى النيابة تتفق وأحكام التقنينات اللاتينية كالقانون الفرنسي في المادة ١٩٨٨ والمشروع الفرنسي - الايطالي في المادة ٥٦٩ وكلها تقصر الوكالة العامة على أعمال الادارة وتشترط لأعمال التصرف وما يقتزن بها كالمصلح والاقرار وكالة خاصة •

وعلى خلاف ذلك نجد أحكام القانون المدني الألماني لا تشترط افابة خاصة في أعمال معينة بل أن الافابة العامة تكفي في القانون الألماني لكافة الأعمال القانونية والأمر في هذا القانون هو أمر تفسير ارادة الأصيل في كل حالة على حدة لمعرفة ما اذا كان عمل من الأعمال

(١) انظر حكم محكمة السين الاجمالية ٢٩ مايو ١٩٤٥ (جازيتة دي بايه ٣٠/٥/١٩٤٥) الذي قضى بأن التوكيل في بيع ارض لا يحول التوكيل بيع الاشجار القائمة على تلك الارض •

— تصرفا كاذبا أو غيره مد يدخل في حدود النية أو يخرج من تلك الحدود وهو أمر متروك لتقدير القاضي في جميع الأحوال (١) •

(١) — وما يدخل في تحديد مدى النية وتعيين حدودها معرفة ما إذا كان لأحد النواب المتعديين مكنة الأفراد بالتصرف باسم الأصل أم يتعين اجتماعهم على هذا التصرف • فقد يحدث في العمل أن ينبى الأصل عنه أكثر من نائب واحد فيكون أمر معرفة إمكان أفراد أحدهم بالتصرف أو وجوب اجتماعهم عليه أمرا يرجع إلى تحديد مدى نيابة كل منهم • ويتوقف حل هذه المسألة ككل المسائل المتعلقة بمدى النية على تعرف إرادة الأصل في الانابة أو تفسير هذه الإرادة فإذا كانت الانابة صريحة في إمكان أفراد أحد النواب المتعديين بالتصرف أو في وجوب اجتماعهم لتحديد مدى نيابتهم على الوجه الوارد بالانابة ، غير أن هذا المدى قد يتبين من تفسير إرادة الأصل على ضوء ظروف الحال إذا لم يتبين من صريح تلك الإرادة ، فإذا فرضنا مثلا أن الأصل قد أعطى كل من النائبين عنه صك انابة مستقلا كان مفهوم ذلك إمكان أفراد كل منهم بالتصرف بعكس ما إذا كان قد أعطاهم صك انابة واحدا ففي هذا القرض يتعين اجتماعهم على التصرف •

وإذا فرضنا أن أكثر من واحد من النائبين العاملين لصكوك انابة أفرادية تخول كلا منهم مكنة بيع مال مملوك للأصل ، قد تصرف من جانبه في ذلك المال بالبيع لشخص من الغير فإن جميع العقود التي يعقدونها تعتبر نافذة ومنتجة لأثارها في ذمة الأصل وذلك لأن كلا منهم مد تصرف في حدود نيابته • ولكن كيف يكون التفضيل بين المشتريين في هذا القرض ؟ يرى بعض المؤلفين أنه إزاء تساوى السند

(١) وهذا الحكم في القانون المدني الآلاى مخالف لحكم الفنين البروسى السابق عليه — بروكس — وألمانيا ٢٢٣ — ٢٢٤ وانظر كذلك ص ٢٦٧ •

تكون الأفضلية للسابق من المشترين في وضع اليد بحسن نية (١) وهو حل سليم من الوجهة القانونية ومتفق مع مقتضيات العدالة ، مع ملاحظة اتباع قواعد الشهر في البيع المقارية .

وإذا كانت الانابة الصادرة لأكثر من نائب تلزمهم بالتصرف مجتمعين فإن ذلك لا يعنى حتما وجوب اجتماعهم على التصرف في وقت واحد حتى تنتج النيابة أثرها ، ذلك أن وجوب تصرفهم مجتمعين مناه موافقتهم جميعا على التصرف (٢) واذن فمن المتصور أن يتعاقد أحد النواب المتعديين مع الغير في تاريخ معين ثم تصدر موافقة سائر النواب في تواريخ لاحقة وفي هذه الحالة لا تعتبر النيابة تامة ولا ينتج العقد أثره في ذمة الأصيل الا من وقت موافقة آخر النواب أى من وقت اكتمال التعبير عن ارادتهم في العقد المبرم مع الغير .

على أنه في الحالات التي تصدر فيها انابة جماعية لمعدد من النواب مع عدم الترخيص في انفرادهم بالعمل يخفف القانون من حدة هذه الانابة تسهila للمعاملات في الأحوال التي لا خطر فيها على مصلحة الأصيل من انفراد أحد النواب ، ومن ذلك نص المادة ٧٠٧ فقرة ٢ من القانون المدنى المصرى التي تقرر أنه « اذا عين الوكلاء في عقد واحد دون أن يرخص في انفرادهم في العمل كان عليهم أن يعملوا مجتمعين الا اذا كان العمل مما لا يحتاج فيه الى تبادل الرأى كقبض الدين أو وفائه » والاستثناء الوارد بآخر هذه الفقرة يتضمن حكما

(١) فون نوهر ص ٣٠٥ وبلجساي ص ٥٩ - ٦٠

(٢) نظى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ « مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاما » - ٢ ص ٨٣٩ رقم ٤٨ : « للقرر شرعا وقانونا أن أحد الوكيلين أو أحد الوصيين المتزوجين لهما في التصرف مجتمعين اذا تصرف بالذن صاحبه أو بإجازته تلك تصرفه صريحة كانت الإجازة أو ضمنية ، فلذا أجرى أحد حدين الوصيين تصرفا ، صح تصرفه متى صدقت من شريكه في الوصاية أعمال وتصرفات دالة على وعائه بهذا التصرف » .

مستحدثا لم يكن منصوباً عليه في المادة المقابلة من التقنين القديم وهي المادة ٥١٩ كما أنه لم يكن موجوداً في المشروع الأول وانما أضيف الى المادة ٧٠٧ عند نظر المشروع في مجلس النواب « لازالة لبس عرض في العمل » كما ذكرت اللجنة التشريعية في تقريرها . وحكمة هذا التعديل واضحة من حيث انتفاء علة وجوب اجتماع النواب المتعددين في تلك التصرفات التي لا تحتاج الى تبادل الرأي والتي لا خطر منها على مصلحة الأصيل (١) .

١٠٢ - وحكم الشريعة الاسلامية في حالة تعدد النواب المعينين في امانة واحدة هو نفسه حكم القانون المدني المصري ، فالمقرر في الشريعة الفراء أنه « لا ينفذ تصرف أحد الوكيلين معا - كوكالتهما بكذا - وحده ولو الآخر عبداً أو صبياً أو مات أو جن الأ فيما اذا وكلهما على التعاقب » (٢) ، وكذلك « لو وكل رجلين ببيع شيء وأحدهما عبد أو مجبور عليه أو صبي لم يجوز للآخر أن ينفرد ببيعه لأنه ما رضى برأيه وحده حتى ضم اليه رأى الآخر » . ولو مات أحدهما أو ذهب عقله لم يكن للآخر أن يبيعه لأنه مارضى برأيه وحده » (٣) ، و « اذا وكل وكيلين في تصرف وجعل لكل واحد الاثراد بالتصرف فله ذلك لأنه مأذون له فيه فان لم يجعل له ذلك فليس لأحدهما الاثراد به لأنه لم يأذن له في ذلك وانما يجوز له

(١) وحكم المادة ٢/٧٠٧ من القانون المدني المصري مطابق لحكم المادة ٢/٦٧٢ من القانون المدني السوري والمادة ٢/٧٠٧ من القانون المدني الليبي والمادة ٩٢٨ من القانون المدني العراقي والمادة ٧٨١ من قانون الواجبات والمقود اللبناني والفصل ١١٢٥ من مجلة الالتزامات المقود التونسية والمادة ٢/٥٧٩ من القانون المدني الجزائري والمادة ٢/٨٤٢ من القانون المدني الاردني . وانظر المادة ٢٦ من قانون الوكالة السوداني التي جاءت بحكم مشابه .

(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ٤٢٦ وانظر بالعش نفسه شرح القدير لـ ج ٢ ص ٢٩٦ .
(٣) المبسوط ج ١٦ ص ٤٥ . وانظر كذلك ص ٥٩ في جواز الاثراد اذا لم يكن تعيين النواب بصلك واحد . واذا وكل رجلا ببيع عبده حلاً لم وكل آخر به أيضاً فأيضا باعه جاز لأنه وفى برأى كل واحد منهما على الاثراد حين وكله ببيعه وحده .

ما أذن فيه موكله ، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي فإن غاب أحد الوكيلين لم يكن للآخر أن يتصرف » (١) .

وإذا كان القانون المصري والكثير من قوانين البلاد الأخرى قد اختارت قاعدة وجوب اجتماع النواب المتعددين على التصرف في حالة عدم الترخيص لهم في الانفراد كما هو حكم الشريعة الإسلامية ، فإن من تشريعات بعض البلاد ما لا يتبع هذه القاعدة وذلك كالقانون المدني الايطالي (م ١٧١٦ و ٢٣٠٣) وقانون الالتزامات البولوني (م ١٠٢) والقانون المدني الشيلي (م ٢١٢٧) فهذه التشريعات كلها تنص على امكان افراد كل واحد من النواب المتعددين بالتصرف باسم الاصيل في حالة خلو صك الانابة من النص على وجوب اجتماعهم على التصرف . كما أن هناك بعض التشريعات التي اختطت سبيلا مغايرا اذ اعتبرت النواب المتعددين بديلا أحدهم عن الآخر وبالترتيب الذي ترد به أسماؤهم في صك الانابة بمعنى أن النائب الذي يرد اسمه تاليا لاسم غيره لا تكون له صفة في التصرف باسم الاصيل الا اذا تعذر ذلك على من يسبقه وهذا هو حكم القانون المدني البرازيلي (م ١٣٠٤) .

١٠٣ - ومن المسائل التي يتوقف حلها على تعرف مدى النيابة مسألة انايه النائب غيره في ابرام تصرف باسم الاصيل فإن جواز تلك الانابة للنائب أو امتناعها عليه رهن بحدود مكتبته التي قد يدخل فيها أو يخرج عنها انايه غيره عن نفسه حسب الاحوال .

وبصدد النيابة الاتفاقية نجد أن المادة ٧٠٨ من القانون المدني المصري تنص على ما يلي :

« اذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون ان يكون

(١) بلخمي ج . ص ٢١٤ .

مرخصا له في ذلك كان مسئولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا
 العمل قد صدر منه هو . أما إذا رخص للوكيل في اقامة نائب
 عنه دون أن يعين شخص النائب فإن الوكيل لا يكون مسئولاً
 الا عن خطئه في اختيار نائبه أو عن خطئه فيما أصدره له من
 تعليمات . ويجوز في الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن
 يرجع كل منهما مباشرة على الآخر » وقد جاءت بحكم هذه
 المادة عينه المادة ٦٧٤ من القانون المدني السوري والمادة ٧٠٨ من
 القانون المدني الليبي والمادة ٥٨٠ من القانون المدني الجزائري اما
 المواد المقابلة في القانون المدني العراقي وفي قانون الموجبات والعقود
 اللبناني وفي مجلة الالتزامات والعقود التونسية وفي قانون الوكالة
 السوداني وفي قانون المدني الأردني فقد جاءت بأحكام مغايرة سنشير
 إليها في حاشية البند ١٠٥ .

وظاهر من هذا النص أن النائب الاتفاقي - ولو كان غير
 مرخص له في ذلك - أن ينيب غيره في اجراء التصرف الذي تقع
 آثاره مباشرة في ذمة الأصل وكل ما هنالك من فرق بين حالة وجود
 الترخيص بالانابة وبين حالة عدم وجود ذلك الترخيص هو في
 المسؤولية التي تقع على الوكيل فهو في حالة الترخيص بالانابة عن
 نفسه لا يسأل الا عن خطئه في اختيار النائب أما في حالة انابة غيره
 عنه بدون ترخيص فيكون مسئولاً عن عمل ذلك النائب كمسؤوليته
 عن عمله هو . وهذه المسؤولية التي يضيق نطاقها في حالة وجود
 الترخيص ويتسع في حالة عدم وجوده ليست مما يهمننا ونحن بصدد
 الأحكام العامة للنابة لأن تلك المسؤولية أمر يتصل بالعلاقة الداخلية
 بين الوكيل والموكل أي بعقد الوكالة وهو ما يخرج عن موضوعنا
 أما ما يتصل بهذا الموضوع فهو أن حكم النابة - بمعنى انصراف
 أثر التصرف الى الأصل - يجري في كل حالات انابة النائب بغيره

عن نفسه في ابرام التصرف اذ ترجع آثار تصرف نائب النائب الى
الأصيل رأسا بلا نظر الى كون الوكيل مرخصا له في عقد الوكالة بانابة
غيره أو غير مرخص له بذلك .

١٠٤ - هذا وان الفقرة الأخيرة من المادة ٧٠٨ التي تنص على
أن للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما على الآخر مباشرة ليست
الا تطبيقا للقاعدة العامة في أثر النيابة فما دامت الانابة الصادرة من
النائب الأصلي الى غيره داخلة في نطاق نيابته فانها تكلل تصرف يبرمه
النائب باسم الاصيل وفي حدود النيابة تقع آثارها في ذمة الاصيل
رأسا ويرتبط بها الاصيل مع الغير الذي تعامل معه النائب مباشرة ومن
ثم كان لكل من الاصيل ونائب النائب أن يرجع على الآخر بدعوى
مباشرة (١) .

وهذه القاعدة مقررة كذلك في الشريعة الاسلامية متى جاز للنائب
أن ينيب عنه غيره لوجود الاذن له في ذلك ، ولم يفت فقهاء الشريعة
أن يبرزوا قيام الرابطة المباشرة بين الاصيل وبين نائب النائب نتيجة
لتصرف النائب في الاستنابة باسم الاصيل ولحسابه وفي ذلك نجد
في « المبسوط » قوله : « وان مات الوكيل أو جن أو ارتد ولحق
بدار الحرب فالوكيل الثاني على وكالته لأن الوكيل الثاني وكيل

(١) انظر في الرأي العكسي الذي لا يعتبر رجوع كل من الموكل ولائب الوكيل
على الآخر تطبيقا للقاعدة العامة بل يعتبره حكما خاصا نصت عليه المادة ٧٠٨/٣ :
المسعودي - الوسيط - ج ٧ للجلد الأول - لفرة ٣٦٢ - ص ٤٨٧ . وفي الرأي
الطابق لما قلناه في المتن : انتم المجلد ، المصلح والهيئة الوكالة - القاهرة ١٩٥٧ - لفرة
١٨٥ ص ٢٢٢ .

وانظر نظير ١٩ نوفمبر ١٩٦٨ - للهيئة ١٠٩/١٢٤/٥٠ : القاعد المدان ٧٠٨
و ٧١٠ مرتبعتين انه يجوز لنائب الوكيل أن يرجع بدعوى مباشرة على الموكل يطالب فيها
بما التزم به نحوه الوكيل الاصل (من رد ما اتفق في تنفيذ الوكالة) وذلك سواء اكان
الموكل له - ونفس للموكل الاصل بتمويل غيره - أو - لم يبرخص له بذلك .

الآمر وكيل الوكيل فان فعل الوكيل الأول في توكيله كعمل الموكل بنفسه فصار هو بمباراة الوكيل الأول وكيلاً للموكل » (١) .

وقد خلا القانون المدني الفرنسي من نص مماثل للمادة ٧٠٨ فيما يخص رجوع نائب الوكيل الأصلي مباشرة وان كانت المادة ١٩٩٤ تنص في فقرتها الثانية على رجوع الموكل على نائب الوكيل وقد كان عدم النص على حالة رجوع نائب الوكيل على الموكل بدعوى مباشرة سبباً في اختلاف الفقهاء في جواز ذلك فذهب فريق من بينهم بلانيول وريبير وسافيتيه الى عدم جواز رجوع نائب الوكيل على الأصلي بدعوى مباشرة على أساس أن الدعاوى المباشرة لا يصح التوسع في قبولها وهذا القول مردود بما تقدم لنا من أن ثمة علاقة تعاقدية بين الأصلي ونائب الوكيل أنشأها الوكيل الأصلي في حدود وكراته وعلى ذلك فدعوى أحدهما على الآخر ليست من قبيل الدعاوى المباشرة بين من لا تربطهم علاقة تعاقدية وهي وحدها الدعاوى التي تحتاج الى نص يقرها وينبئ عدم التوسع في قبولها .

أما القضاء الفرنسي فلم يكن بين أحكامه ما تمرض لهذه المسألة الا القليل من أحكام المحاكم الابتدائية (٢) التي اجازت لنائب الوكيل

(١) لبيسوط ج ١٩ ص ١٥٩ وانظر في الله المالكي شرح البدرير عل مختصر خليل (بهامش حاشية اليسوي) مطبعة السماعة بصر ١٣٢٨ ج ٣ ص ٣٩٢ - ويقر الحنابلة بين الحالة التي يقول فيها الموكل لوكيله : وكل عنى أو يطلق له الإذن وبين الحالة التي يقول له فيها : وكل منك ، لدى الحالة الأولى بصورتها يقولون بقيام الرابطة المباشرة بين الموكل والوكيل الثاني أما في الحالة الثانية فيرون أن الوكيل الثاني وكيل الوكيل . انظر « منتهى الإرادات » القسم الأول ص ٤٤٥ - ٤٤٦ .

(٢) محكمة السين في ٤ يناير سنة ١٨٩٣ - جازيت دي باليه ١٨٩٣/١/٦٩٢ - وانظر رواست ص ١٥٠ حيث يقرر أن مسألة الدعوى المباشرة غير ذات أهمية في الصل إذ يغفل دائماً لثائب الوكيل أن يرجع على الأصلي بدعوى الإثراء على حساب الغير لاسترداد ما يكون قد انتقله من مصروفات لمصلحة الأصلي وذلك بصرف النظر عن احتناع رجوعه على الأصلي بالدعوى المباشرة المستندة الى عقد الوكالة .

الرجوع على الموكل بدعوى مباشرة (١) الى أن أرسيت محكمة النقض الفرنسية القاعدة في هذا الباب بحكمها الصادر في ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٦٠ (٢) الذي قضى بأنه : « طبقا للمادة ١٩٩٤ فقرة ثانية من القانون المدني للموكل حق الرجوع مباشرة على نائب الوكيل وبالتالي فإن لنائب الوكيل أيضا دعوى مباشرة وشخصية على الموكل لاسترجاع ما قد يكون عجله من مبالغ أو أفضقه من مصروفات وللحصول على الأجر المستحق له » . واذن فيكون مستحقا لنقض الحكم الذي لا يقبل من نائب الوكيل دعواه ضد الموكل بمقولة أن تلك دعوى ذات صبغة احتياطية ولا يسوغ استعمالها الا في حالة اخلال الوكيل الأصلي بالتزاماته » (٣) .

١٠٥ - ويلاحظ ما بين نص المادة ٧٠٨ من القانون الحالي (٤)

(١) هناك حكم قديم لمحكمة استئناف باريس ١٠ نوفمبر سنة ١٨١٢ - سيجريه ١٩٤٧/٢/١٨١٣ أجاز رجوع نائب الوكيل على الموكل بأجره من غير تاصيل للقاعدة ميردا اياما باعتبار اصل هو تجنب نائب الوكيل مشقة الرجوع على الوكيل الأصل .

(٢) لقض مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٦٠ - فالويز ٤٩١/١٩٦١ مع تعليق بقلم بريسو ينتقد فيه الحكم لكونه قضى على خلاف صريح نص المادة ٢/١٩٩٤ التي انصرت على رجوع الموكل على نائب الوكيل ولم تنص على الحالة العكسية كما يعيب على الحكم تجاهله مبدأ اقتصار آثار التصرفات وهذا النقد مزود بما جاء في المتن من قيام علاقة عقدية مباشرة بين الموكل ونائب الوكيل نتيجة للاستنابة الصادرة من الوكيل في حدود وكالته .

(٣) انظر تعليقا آخر على هذا الحكم بقلم جيرار كودنو في المجلة ربع السنوية ١٩٦١ ص ٧٠٠ وما ينفعا وفيه يبرر الملحق رجوع نائب الوكيل على الموكل تبريرا سليما على اساس العلاقة التقديرية المباشرة بينهما . ولكنه يضيف أن المبدأ الذي قد استعمله في هذا على خلافه بل يجب تعديده بالحالات التي تكون فيها الاستنابة مأذونا بها وهو ما لم يبرزه الحكم بل على العكس بل نص المادة ٢/١٩٩٤ التي تقول : « وفي جميع الحالات » مما قد يفهم منه أن رجوع نائب الوكيل على الموكل جائز حتى في حالة عدم الاذن في الاستنابة بينما في هذه الحالة تقتضي العلاقة التقديرية المباشرة بين نائب الوكيل والموكل لتصرف الوكيل الأصل خارج حدود وكالته .

(٤) القابلة للمادة ٦٧٤ من القانون المدني السوري والمادة ٧٠٨ من القانون المدني الليبي والمادة ٨٠١ من القانون المدني الجزائري والمواد ٧٨٢ - ٧٨٤ من مقتضىات المظفر اللبناني والمادة ٩٣٠ من القانون مدني الفرائض والفصل ١١٢٧ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية والمادة ٢٢٠ من قانون الوكالة السوداني والمادة ٨٤٢ من =

وبين نص المادة ٥٢٠ المقابلة لها من القانون المدني القديم من اختلاف إذا كان النص القديم يعبر هكذا : « يجب أن يكون الاذن للوكيل بأمانة غيره صريحا في سند التوكيل ٥٠ » مما يصح معه القول بعدم جواز امانة الوكيل غيره عن نفسه إذا جاء التوكيل خلوا من أى نص على ذلك . غير أن القضاء كان يعبر في تطبيق تلك المادة على طريقة لا تبعد عن مدلول نص المادة ٧٠٨ الجديدة إذ قضى بأنه « ان كانت المادة ٥٢٠ من القانون المدني تستلزم أن يكون الاذن للوكيل بأمانة غيره صريحا في سند التوكيل الا أنه اذا كانت طبيعة عمل الوكيل لا تتفق وقيامه شخصا بالعمل الموكل اليه فان سند التوكيل يحمل في طياته ضمنا الاذن بأمانة الغير » (١) كما قضى بأن « المادة ٦٣٦ مدني مختلط (المقابلة للمادة ٥٢٠ أهلي) التي تحظر على الوكيل الذي لم يرخص له صراحة أن ينيب عنه غيره في تنفيذ الوكالة لا تقتضي بطلان تصرفات نائب الوكيل وللغير الذي تعامل مع نائب الوكيل بحسن نية في حدود الوكالة أن يطلب اقرار التصرفات المبرمة مع نائب الوكيل كما لو كانت قد أبرمت مع الوكيل نفسه » (٢) .

« القانون المدني الأردني ونص الأمانة الأخيرة - خلافا للقانون المصري الحال والقوانين العربية المطابقة له - على أنه ليس للوكيل أن يوكل غيره الا اذا كان قد اذنه الموكل في ذلك أو فرض الامر اياه . وحكم القانون العراقي والقانون التونسي والقانون السوداني والقانون الأردني في هذه المسألة مطابق لحكم الشريعة الإسلامية » انظر مايل بند ١٠٦ أما أحكام تبيين الموجبات والتفرد اللبناني فتختلف عن حكم القانون المصري والقوانين العربية المطابقة له من وجوه أهمها عدم جواز الاستنابة الا بالذن للموكل أو اذا كانت الوكالة عامة مطلقة وعدم النص على رجوع كل من الموكل ونائب الوكيل على الآخر مباشرة .

(١) حيث قرر الجزئية ٢٦ مايو سنة ١٩٣٥ الحاماة ١٥ القسم الثاني رقم ٣٤١ ص ٤٠٩ - وحكم القانون المدني في هذه النقطة مطابق لحكم الشريعة الإسلامية . انظر نهاية المحتاج ج٤ ص ٢٩ ومنهاج الطالبين ج٢ ص ٦٢ وكذلك آية ابراهيم : أحكام التصرف عن الغير ص ١٩٦ (حاشية) .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٣٦ - البطلان ٣٠٩/٤٣ .

وعلى هذا فإن المادة ٥٢٠ من القانون المدني القديم في تطبيقات القضاء لها لم تكن تختلف كثيرا عن المادة ٧٠٨ من القانون المدني الحالي من حيث نفاذ تصرف نائب الوكيل في حق الموكل بصرف النظر عن وجود الترخيص للوكيل بأمانة غيره ، ذلك الترخيص الذي يقتصر أثره على تحديد مدى المسؤولية فيما بين الموكل والوكيل .

على أنه إذا جاء النص على منع الوكيل من امانة غيره صريحا في سند التوكيل فإن الأمر حينئذ يكون متعلقا بمدى نيابة ذلك الوكيل ويكون في امانته غيره عن نفسه رغم وجود الحظر الصريح خروج عن حدود النيابة ولا يكون تصرف نائب الوكيل نافذا في حق الأصل - شأن كل تصرف لا يدخل في نطاق مكتة النائب - اللهم الا اذا أقره صاحب الشأن أى الأصل .

القاعدة اذن أن مدى النيابة الاتفاقية يشمل امانة النائب غيره عن نفسه في جميع الحالات باستثناء واحد هو حالة التصريح بمنع النائب من امانة غيره (١) ففي هذه الحالة وحدها يعتبر التصرف الذي يبرمه نائب النائب حاصلا خارج حدود المكتة المغطاة من الأصل لنائبه ويأخذ حكم سائر التصرفات الخارجة عن حدود النيابة .

١٠٦ - والواقع أن هناك اتجاهين بارزين في مختلف قوانين الدول بشأن الامتابة (أى امانة النائب غيره عن نفسه) :

الاتجاه الأول : هو اتجاه القانون الفرنسي (٢) والقوانين المستمدة منه أو المتأثرة به ومؤداه إمكان قيام النائب بأمانة غيره عنه بصرف

(١) رواسيت ص ١٤٦ وبويسكو - دامسنيانو ص ٢٧٥ .

(٢) يلاحظ أن المادة ٣٦ من مشروع تنقيح القانون المدني الفرنسي تنص عل خلاف حكم المادة ١٩٦٤ من القانون المدني الفرنسي فهي تمنع الامتابة ما لم يصرح بها في صك الالابة أو ينص عليها القانون في حالات خاصة وبذلك يتحاز مشروع تنقيح القانون المدني الفرنسي الى الاتجاه الثاني للتساؤل اليه في نقن .

النظر عن الترخيص له من الأصل في تلك الإفادة ما لم يكن ممنوعا من الاستنابة بصريح نفي الإفادة •

والاتجاه الثاني : هو اتجاه القانون الانجليزي وقوانين بلاد الشمال والقانون التجارى في كل من ألمانيا والنمسا ، ومؤدى هذا الاتجاه حظر افادة النائب غيره ما لم يكن مرخصا له في ذلك صراحة من الأصل ، وهذا هو أيضا حكم الشريعة الاسلامية مع ملاحظة أن تفويض الأمر الى النائب يتضمن شرعا الاذن له في الاستنابة •

وأصحاب هذا الاتجاه الثاني يعتبرونه أكثر عدالة وأشبه باحترام ارادة الأصل من الاتجاه الأول لكون الأصل في اختيار النائب خضوعه لاعتبارات شخصية راعاها الأصل وقد لا تتوفر تلك الاعتبارات فيمن يستنيبه النائب •

أما الشريعة الفراء فالأصل فيها - كما قلنا - امتناع افادة النائب غيره ما لم يأذن له الأصل ، فحكم الشريعة في هذا الخصوص يتفق والاتجاه الثاني من الاتجاهين اللذين سلفت الإشارة إليهما (١) على أن الاذن للنائب بانابة غيره لا يشترط في الشريعة أن يكون صريحا فقد يجبي ذلك الاذن ضميا متى كان الأصل قد فوض الأمر الى نائبه كما « لو وكل وكيلأ بشئ من التصرفات وقال : ما صنعت فيه فهو جائز » فوكل الوكيل بذلك غيره فهو جائز » (٢) وكذلك « اذا قال : لوكل للوكيل بالقبض : اصنع ما شئت فله أن يوكل غيره

(١) ابن عابدين ج ٤ ، ص ٤١٧ « (التوكيل) هو ائالة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم .. بكل ما يبشره الوكيل بنفسه لنفسه .. قوله (لنفسه) يخرج الوكيل فانه لا يوكل مع أنه يبشر بنفسه » • وص ٤٢٨ « الوكيل لا يوكل غيره الا بالاذن أمره لوجود الرضا » • وللبسوط ج ١٩ ص ٣٦ « الوكيل بالبيع ليس له أن يوكل غيره به .. (لأن) فلوكل وفي يرى الوكيل الأول والناس يتفاوتون في الرأي » • ونهاية المحتاج ج ٤ ص ٢٩ « وليس لوكيل أن يوكل بلا اذن أن ثاني منه ما وكل فيه » • ونفس المعنى في الام ج ٣ ص ٢٠٧ - والمفنى ج ٥ ص ٢١٥ •

(٢) للبسوط ج ١٩ ص ١٥٩ •

بالقبض « (١) وعلى ذلك فإن الأصل هو حظر الاستنابة ما لم يأذن بها الأصل غير أن ذلك الاذن كما يكون صريحا قد يكون ضمنيا . كما أن فقهاء الشريعة يستنون من هذا الحظر ، الحالة التي تكون فيها طبيعة التصرف تقتضى اقامة الغير فيه ، اذن نجد في « نهاية المحتاج » (ج ٤ ص ٢٩) قوله « وان لم يأت ما وكل فيه لكونه لا يحسنه أو لا يليق به أو يشق عليه تعاطيه مشقة لا تحتل في العادة كما هو واضح فله التوكيل عن موكله دون نفسه لأن التفويض لمثله يقصد به الاستنابة » ، كما نجد في « المعنى » (ج ٥ ص ٢١٥) قوله : « اذا كان (التصرف الموكل فيه) مما لا يعمله الوكيل عادة انصرف الاذن الى ما جرت به العادة من الاستنابة فيه ... » (وكذلك) أن يكون مما يعمله بنفسه الا أنه يعجز عن عمله كله لكثرة واتساعه فيجوز له التوكيل في عمله أيضا لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل » .

وهذا هو حكم سائر مذاهب الشريعة الفراء (٢) .

١٠٧ - فإذا كان الأمر كذلك في النيابة الاتفاقية وجب التساؤل عما اذا كانت قاعدة جواز اقامة النائب غيره تنطبق على النيابة القانونية .

لاشك أن النيابة القانونية منظور فيها الى رعاية مصالح ناقصي الأهلية أو الغائبين ومن اليهم ولهذا فإن شخص النائب القانوني هو دائما محل الاعتبار عند اختياره والمفروض أن يتولى بنفسه أداء المهمة الموكولة اليه ولهذا كان من غير المانع للنائب القانوني أن ينوب عنه

(١) مجلة القضاء ج ٣ ص ٢٨٦ - ٢٨٧ وانظر بالمعنى نفسه شرح المودير من مختصر خليل (يوافي حاشية المسوقي - مطبعة المسطرة بصر ١٢٢٨) ج ٣ ص ٣٩٢ وانظر أيضا كلام المحقق في الصفحة عينها .

(٢) انظر في ذلك المالك رحمه الله شرح المودير على مختصر خليل ج ٣ ص ٣٩٢ ولا أن يكون الوكيل لا يليق به بترك ما وكل عليه بنفسه فوجبه في غير فله التوكيل .. أو لا أن يكثر .. فيترك من يشاركه في العمل الذي وكل فيه ليعينه عليه .

غيره اقامة عامة في نولى شئون مهمته وان كان لا مانع من أن يتيب عنه غيره في عمل أو أعمال معينة بل ربما كانت تلك الاقامة الخاصة مما تقتضيه مصلحة الأصل لما قد يستلزمه ذلك العمل المعين من استعداد لا يتوفر في النائب القانوني ويتوفر فيمن ينبيه عنه (١) .

١٠٨ - ذكرنا أن مكنة النائب يمكن أن تقيد من أكثر من وجه وأن من تلك القيود ما يكون من حيث الشخص الذى يتعاقد معه النائب فقد تكون اقامته قاصرة على التعاقد مع شخص معين من الغير أو مع واحد من أشخاص معينين كما قد تكون الاقامة مطلقة من القيد من هذه الوجهة فيكون للنائب أن يتعاقد باسم الأصل مع من يرى من الأشخاص .

فاذا كانت الاقامة غير مقيدة من حيث الشخص جاز أن تصور قيام النائب بإبرام التصرف موضوع النيابة مع نفسه كأن يشتري لنفسه المال المخول اليه في بيعه أو يبيع للأصل شيئاً من ماله تنفيذاً للنيابة ، كما يتصور أن يكون الشخص الواحد نائباً عن اثنين في نفس الوقت فيبيع مال أحدهما للآخر مثلاً وينعقد بذلك التصرف القانوني يعمل النائب وحده دون مدخل للغير .

فيبحث « تعاقد النائب مع نفسه » يدخل بهذا الوضع في تحديد مدى النيابة ويتوقف جواز ذلك للنائب أو امتناعه عليه على معرفة مدى نيابته وتعيين حدود المكنة المعطاة له (٢) .

غير أن مسألة التعاقد مع النفس أثارت في النظر جدلاً طويلاً حول الطبيعة القانونية لمثل ذلك التصرف وحول صحته أو بطلانه .

(١) رواست ص ٧٦ وبويسكو دامسيانو ص ٢٧٢ .

(٢) « Le contrat avec soi-même pose donc essentiellement une question de pouvoirs. Et il se ramène toujours à cette question ».

Flattet : « Les contrats pour le compte d'autrui », Paris, 1950, No. 98, p. 125.

ذلك أن كل عقد يفترض تسلاقي ارادتين متميزتين في صورة
 ايجاب يصدر من أحد الطرفين وقبول يصدر من الطرف الآخر فالتعاقد
 مع النفس لا يتمشى اذن مع طبيعة العقد ذاتها لأننا لا نجد الا شخصا
 واحدا والا ارادة واحدة يتمثل فيها الايجاب كما يتمثل فيها القبول
 ولهذا كان من رأى البعض أن التعاقد مع النفس هو استحالة قانونية
 وأن التعبير ذاته (التعاقد مع النفس) تعبير لا معنى له لأن لفظ التعاقد
 بذاته يستلزم طرفين متعاقدين ولا يستقيم بطرف واحد .

هذا وإن الذين جوزوا التعاقد مع النفس من الوجهة النظرية
 اختلفوا في طبيعته القانونية فقريق كان يرى أنه عقد حقيقي تجتمع
 على انشائه ارادتان ، وكان سند البعض من أصحاب هذا الرأى أن
 النائب اذ يتعاقد عن الأصيل انما يعبر في الحقيقة عن ارادة الأصيل
 لا عن ارادته هو ثم انه حين يتعاقد عن نفسه بوصفه الطرف الثانى
 يعبر عن ارادته هو فيتم بهذا بناء العقد من ارادتين ، وواضح ما فى
 هذا الرأى من مجافاة للنظرية الحديثة فى النيابة التى بمقتضاها
 يستعمل النائب ارادته هو فى ابرام التصرف دون ارادة الأصيل والواقع
 أن هذا الرأى قال به بعض الفقهاء الألمان فى زمن سابق على بروز
 النيابة بوضعها الحالى (١) .

وقد حاول الأستاذ بيلون فى رسالته (٢) أن يبرر اعتبار تعاقد
 النائب مع نفسه عقدا صحيحا وذلك بالاستناد الى الفكرة المادية
 للالتزام اذ قال انه يكفى لاعتبار العقد قائما أن ترتبط ذمتا طرفيه
 ومتى أمكن عن طريق النيابة ان يتصرف الشخص فى ذمته هو باعتباره

(١) « دوجير » فى بحث له طهر سنة ١٨٧٤ . انظر بوبسكو - رامسنياو من ٢٨٢
 حاشية من ٢٨٥ .
 (٢) ليفة ١٧٠ .

أصيلا - وفي ذمة غيره بوصفه نائبا فلا يوجد ما يمنع من القول بانعقاد العقد . وقد لوحظ على هذا التبرير بحق أنه يقوم على الخلط بين الالتزام وبين العقد (١) لأنه وإن صح أن الالتزام في جوهره علاقة بين ذمتين إلا أن العقد يظل دائما اتفاق ارادتين فلا بد من ارادتين مميزتين لانشاء العقد .

كما أن من أنصار اعتبار تعاقد النائب مع نفسه عقدا بالمعنى الصحيح من يبرر رأيه على أساس أن شرط انعقاد العقد ليس تلاقي ارادتين مميزتين وإنما هو تلاقي تعبيرين عن الإرادة وهذان التعبيران موجودان في حالة تعاقد النائب مع نفسه فهو يعبر عن ارادته بوصفه نائبا ثم يعبر عن ارادته بوصفه أصيلا في التعاقد فينمقد العقد نتيجة نهذين التعبيرين عن الإرادة (٢) .

وأخيرا فن أحدث تبرير لاعتبار تعاقد النائب مع نفسه عقدا بالمعنى الصحيح يقوم على اعتبار المصلحتين الفرديتين اللتين يمسهما ذلك التصرف وعند صاحب هذا الرأي (٣) أن الصفة المميزة للتصرف القانوني بالإرادة المنفردة ليست فقط وحدة التعبير عن الإرادة وإنما أيضا وحدة المصلحة التي ينظمها التصرف فإذا انبسط آثار التصرف على مصلحتين فرديتين لم يكن لدينا تصرف قانوني بإرادة منفردة بل كسا أمام عملية تعاقدية صحيحة وإن انبثت على تعبير واحد عن الإرادة . ويصح أن توجه إلى هذا الرأي النقد الذي واجهه من قبل رأى ييلون وهو أنه يتطوى على خلط بين العقد وبين أثره أو بين التصرف وبين

(١) أنظر بوبسكو - رامسيانو ص ٢٨٥ .

(٢) فون توجر ص ٢٩٥ حاشية ٥١ ومن هذا الرأي أيضا الأستاذ روست في

دروس الدكتوراه ص ٥٢ .

(٣) مارتان دي لاسوت : « التصرف القانوني بإرادة منفردة » رسالة من تولوز

سنة ١٩٥١ ص ٤٨ - ٥١ .

Martin de la Moutte : « L'acte juridique unilatéral », Thèse, 1951, pp. 48-51 .

الالتزام ، ذلك أن مساس التصرف بآثاره لمصلحتين مختلفتين أمر وطبيعة هذا التصرف من حيث قيامه على إرادة واحدة أو على توافق إرادتين أمر آخر ، وليس ما يمنع أن تمس إرادة واحدة أكثر من مصلحة فردية واحدة إذا أساغت ذلك قواعد نظام قانوني معين هو في حالتنا نظام النيابة .

وفريق آخر من الفقهاء لا يرون في تعاقد النائب مع نفسه عقدا بالمعنى الصحيح لافتقاده الإرادتين المنشئتين للعقد وإنما يعتبرونه تصرفا قانونيا بإرادة منفردة وأول من نادى بهذا الرأي الفقيه الألماني روملين وتبعه فريق من الفقهاء الفرنسيين على رأسهم سالي (١) وسندهم في ذلك أن حقيقة الواقع تتنافى مع القول بتعدد الإرادة حيث لا توجد في حالات التعاقد مع النفس إلا إرادة واحدة هي التي تنشئ آثار التصرف في ذمتي الطرفين .

١٠٩ - ومهما يكن من أمر هذا الجدل النظري فإن للتشريعات المختلفة مواقف من تعاقد النائب مع نفسه فمن التشريعات ما يمنعه أصلا ومنها ما يجيزه أصلا غير أن هذه وتلك تستثنى من المنع حالات معينة أو تخضع الجواز لشروط معينة بحيث يصح القول بأن أحكام التشريعات المختلفة تتلاقى في النهاية بشأن تعاقد النائب مع نفسه وإن اختلفت نظرتها إليه في الأصل (٢) .

والواقع أن حقيقة المشكلة في تعاقد النائب مع نفسه هي في تضارب المصلحة الموجود بطبيعة الأمور بين طرفي كل عقد مع ما في

(١) أنظر بويسكو - دامسيانو ص ٢٨٦ وأنظر سالي : الترجمة الرسمية للقانون
 قلبي الألماني في التطبيق على المادة ١٨١ ص ٢٤٢ - ومن هذا الرأي الذي يعتبر التعاقد
 مع النفس تصرفا بإرادة منفردة فلائيه : العقود لحساب الغير ، باريس سنة ١٩٥٠
 ص ١٣٦ بته ٩٩ .
 (٢) السنهوري : نظرية العقد بته ٢٢١ .

جميع الطرفين في شخص واحد من خطر قد يحقق بمصلحة الشخص الآخر ، فالنائب اذ يبيع مال الأصل لنفسه مثلا تقوم به مقلته محابة نفسه وتضحية مصلحة الأصل لمصلحته هو ، كما أن النائب اذا تعاقد مع نفسه مثلا لطرفي العقد في نفس الوقت جاز ألا تتوفر لمصالح كل منهما الحماية الواجبة ولو أن الخطر في هذه الحالة أقل من الخطر في الصورة الأولى من صور التعاقد مع النفس .

لهذا فان اختلاف أحكام التشريعات بين المنع والاباحة لا يرجع في الواقع الى اختلاف نظرتها الى طبيعة التعاقد مع النفس من الناحية النظرية وانما يرجع الى اعتبارات عملية محضة مرددا الى وجود الخطر على مصلحة الطرف الآخر سواء كان النائب يتعاقد مع نفسه لنفسه أو يتعاقد مع نفسه لغيره أى نائباً عن الطرفين . ومن هنا نجد أن التشريعات التي أباحت التعاقد مع النفس استثنت من هذه الاباحة أحوالا يتحقق فيها الخطر كما أن التشريعات التي تمنع التعاقد مع النفس استثنت من هذا المنع أحوالا لا يوجد فيها الخطر ومن هنا جاء التقارب بين مختلف التشريعات .

وقد تناول القانون المدني المصري تعاقد النائب مع نفسه عند تنظيمه أحكام النيابة وذلك في المادة ١٠٨ التي نصها :

« لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينسب عنه سواء كان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصل ، على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد . هذا كله مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة » (١) . وحكم هذه المادة مطابق لأحكام

(١) انظر نفس مدني ١٩ ديسمبر ١٩٦٢ - مجموعة الكتب الفني ١١٣/١٦٩/١٤

المواد ١٠٩ من القانون المدني السوري و ١٠٨ من القانون المدني الليبي و ٧٧ من القانون المدني الجزائري و ١١٥ من القانون المدني الأردني .

ولم يكن لهذا النص العام مقابل في قانوننا المدني القديم غير أنه مع ذلك لم يستحدث حكما مغايرا لحكم القانون القديم فقد كان هذا القانون يحوى نصا تفصيليا في باب البيع (المادة ٢٥٨) يتضمن القاعدة نفسها اذ كان لا يجيز للنائب شراء الشيء المنوط به بيعه لنفسه ، وان كان يعطى الأصيل حق اقرار هذا التصرف فيصبح نافذا (١) .

والمادة ١٠٨ من القانون المدني مأخوذة بنصها من المادة ٣٧ من مشروع الالتزامات الفرنسي - الايطالي ، كما أن حكمها مطابق لحكم المادة ١٨١ من القانون المدني الألماني وعلى هذا يصح القول بأن القانون المدني المصري من التشريعات التي تمنع في الأصل تعاقد النائب مع نفسه مع استثناء الحالات التي ينتفى فيها الخطر وقد جعل معيار انتفاء الخطر ترخيص الأصيل مقدما بالتعاقد مع النفس أو اجازته اللاحقة لهذا التعاقد ولا شك في أن ترخيص صاحب الشأن أو اجازته خير ضمان لحماية مصلحته .

أما عن التحفظ الوارد في عجز المادة خاصة بما يخالف حكمها من نصوص القانون أو قواعد التجارة فقد بينت المذكرة الايضاحية أنه « يجوز أن تقضى بعض نصوص القانون أو بعض قواعد التجارة بصحة تعاقد الشخص مع نفسه فمن ذلك اباحة تعامل الولي مع ولده وفقا

(١) مادة ٢٥٨ مدني أهل (٢٢٥ مدني مختلط) : « لا يجوز لمن يقوم مقام غيره بوجه شرعي كالأوصياء والأولياء ولا للوكلاء المقامين من موكلهم أن يشتروا الشيء المنوط بهم ببيعهم بالصفقات المذكورة فإذا حصل الشراء منهم جاز التصديق على البيع من مالك المبيع إذا كان فيه أهلية التصرف وقت التصديق » . والحكم نفسه بخصوص البيع وارد في القانون المدني العراقي اذ تنص المادة ٥٩٢ منه على أنه « ليس للوكلاء أن يشتروا الأموال الموكلة بهم ببيعها » على أن الشراء .. يصح اذا اجازته من تم البيع لحمايه .. .

لأحكام الشريعة الإسلامية وإباحة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفي التعاقد وفقا لقواعد القانون التجاري » .

وما جاءت به المادة ١٠٨ من تعليق جواز تعاقد النائب مع نفسه على ترخيص الأصيل أو إجازته وعلى النصوص القانونية التي قد تبيحه دليل على ما قدمناه من أن حكم تعاقد النائب مع نفسه يتوقف على البحث مدى النيابة . ذلك أن النيابة إذا كانت اتفاقية فإن مداها تحدده الانابة الصادرة من الأصيل كما سبق لنا تفصيله فإن كانت هذه الانابة (سواء كانت سابقة أو كانت لاحقة في صورة إجازة) تخول للنائب أن يتعاقد مع نفسه جاز له ذلك ووقع تصرفه نافذا وملزما للأصيل لدخوله في نطاق سلطة النائب (١) . أما في النيابة القانونية فقد قلنا أن القانون هو الذي يحدد مداها فإن إجازت النصوص التي تنظمها للنائب أن يتعاقد مع نفسه جاز ذلك التعاقد بالصورة التي حددها النصوص وهي لا تحيز ذلك الا في الأحوال التي ينشئ فيها الخطر على مصلحة الأصيل وبالشروط والأوضاع التي تكفل حماية هذه المصلحة وهذا هو المقصود بمادة ١٠٨ في عجزها .

أما عن إشارة المادة ١٠٨ الى ما تقضى به قواعد التجارة فقد ذكرت المذكرة الإيضاحية أن المقصود بذلك هو إباحة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفي التعاقد وفقا لقواعد القانون التجاري . وإذا كان هذا هو المقصود بمادة قواعد التجارة في المادة ١٠٨ كان في ادخالها ضمن الأحكام العامة في النيابة نظر ، ذلك أن الوكيل بالعمولة هو وكيل غير نائب لأنه يتعاقد باسمه هو لحساب الأصيل فلتتحقق به آثار العقد ثم ينقلها بدوره الى الأصيل بينما أن التعاقد باسم الأصيل

(١) عل أنه نظرا لأن الأصل هو منع التعاقد مع النفس فنرى أن الترخيص بذلك يجب أن يكون صريحا ولا يصح استنتاجه ضمنا أو ادخال تصرف النائب مع نفسه في حدود الانابة الظاهرية أو تجويزه عن طريق تفسير إرادة الأصيل للتجلية في الانابة .

شرط أساسى لتحقيق حكم النيابة وانصراف الآثار مباشرة الى الأصل
(مادة ١٠٦) ، ومتى كان الوكيل بالعمولة وكيلًا غير نائب كان في
ادخال تصرفه عن طرفى العقد في باب تعاقد النائب مع نفسه نظر .

هذا وواضح من الحكم الذى تضمنته المادة ١٠٨ أن تعاقد النائب
مع نفسه ليس بحال استحالة قانونية بل هو تصرف صحيح جائز بشرط
دخوله في حدود النيابة على ما تقدم لنا يائه ، أما اذا خرج عن تلك
الحدود فلا يقع التصرف باطلا وانما فقط لا يحتج به على الأصل (١)
فإن أقره هذا الأخير سرى عليه .

وقد جاء القانون المدنى في مواد البيع بتطبيقات للقاعدة العامة
الواردة في المادة ١٠٨ وذلك في المواد ٤٧٩ و ٤٨٠ و ٤٨١ التى مؤداها
عدم جواز شراء النائب لنفسه الشيء المنوط به بيعه مالم يكن ذلك
بترخيص صاحب الشأن أو بأذن القضاء (٢) ويلاحظ على هذه
النصوص أنها ادخلت شراء السماسرة والخبراء لأنفسهم الأموال
المعهود اليهم في بيعها أو تقدير قيمتها (المادة ٤٨٠) ضمن أحوال

(١) الأعمال التحضيرية على المادة ١٠٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٠٨)
ونلاحظ بهذا الصدد أن نص المادة ١٠٨ يستعمل تعبير « الإجازة » فى قوله « على
أن يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد » وفى هذا الاستعمال خروج على التفرقة
المعمودة بين الإجازة confirmation ويقصد بها تصحيح أحد الطرفين لعقد قابل للإبطال
(المادة ١/١٣٦) وبين الإقرار ratification ويقصد به قبول الشخص لعقد ما كان
يحتج به عليه لولا الإقرار . وقد كان نص المادة ١٠٨ فى المشروع (برقم ١٦١) يستعمل
تعبير الإقرار ويبدو أن استعمال تعبير الإجازة به تم فى بعض مراحل التكوين بغية التفتت
الى الفارق الاصطلاحي بين التعبيرين . وربما استعملنا فى لفتن هنا تعبير الإجازة أحيانا
تفسيًا مع النص التشريعى . أنظر فى الفارق بين الإجازة والإقرار السنهوري : نظرية
العقد بند ٦٦٦ ورواست ص ٨٠ - ٨١ .

(٢) أنظر فى منع الوكلاء من شراء الشيء المنوط بهم بيعه : الهائل وسامد زكى
فى البيع بند ٣٤٣ وما بعده وأبور سلطان : العقود المسماة - شرح عقد البيع والمقايضة
(سنة ١٩٥١) بند ٤٥٢ - ٤٥٧ ويقرر المؤلف فى البند الأخير أن جزاء المنع ينبنى
البحث عنه لائى قواعد البطلان وإنما فى قواعد النيابة إذ يعتبر النائب الذى يتصله مع
نفسه بغير إذن الأصل متجاوزا حدود نيابته .

الثلاث) مع أنه لا شبهة في أن السمسار أو الخير ليس نائبا ، بيد أن تعارض المصلحة - وهو الحكمة من الحظر - قائم في هذه الحالات ولا شك ،

١٠٩ مكرر - وفي الشريعة الإسلامية نجد المذاهب المختلفة منقسمة بين الاتجاهين الرئيسيين في مسألة تعاقد النائب مع نفسه : اتجاه الحظر واتجاه الإباحة ، غير أن من يبيحونه يعتبرون أن الأصل هو المنع وأن الإباحة مقيدة بقيود معينة مرجعها الحرص على مصلحة الأصل ، ومن يمتنعون التعاقد مع النفس منعا باتا نجد بينهم من يبيحه متى اتفنى الخطر على مصلحة الأصل •

فالحنفية والشافعية يذهبون الى حظر تعاقد النائب مع نفسه حظرا مطلقا سواء لنفسه أو لأصيل آخر ينوب عنه ومرجع هذا الحظر عندهم هو الاستحالة النظرية المثلة في تولي شخص واحد طرفي العقد لا مجرد التعارض بين مصلحة الأصيل ومصلحة النائب ولهذا لا يسمحون للنائب بأن يتعاقد مع نفسه حتى لو أذن له الأصيل في ذلك ، ولم يذهب الى إباحة التعاقد مع النفس في حالة اتفناء الخطر على مصلحة الأصيل الا قول مرجوح لدى الشافعية كما سنرى •

يقول في « المبسوط » : لو باعه الوكيل بالبيع من نفسه أو من ابن له صغير لم يجز وإن صرح الموكل بذلك لأن الواحد في باب البيع إذا باشر العقد من الجانبين يؤدي الى تضاد الأحكام فإنه يكون مستردا مستفضيا قابضا مسلما مخاصما في الميب ومخاصما ، وفيه من التضاد مالا يخفى » (١) •

(١) المبسوط ج ١٩ ص ٣٢ - ٣٣ ويلاحظ أن حجة تضاد الأحكام التي تمسك ببريرها لمنع تعاقد الوكيل مع نفسه لا تصح الا في الصورة التي يكون فيها وكيلان من الطرفين مع خفاء وكالته من أي منهما على الآخر بحيث تشمل أحكام العقد بالنسبة لكليهما به هو نفسه (انظر مايلي بند ١٥١) والا فإنه ان تعاقد مع نفسه لنفسه لم يصح القول بأنه يكون قابضا مسلما مخاصما في الميب ومخاصما الخ •

ونقرأ في نهاية المحتاج : « ولا يبيع لنفسه وولده الصغير وإن
خص له على ذلك وقدر الثمن ونهاه عن الزيادة ، خلافا لابن الرفعة ،
ودعواه جواز اتحاد الطرفين عند انتفاء التهمة بعيد من كلامهم اذ
منع الاتحاد ليست التهمة بل عدم انتظام الإيجاب والقبول من شخص
واحد وخرج من ذلك الأب لعارض فبقى من عداه على المنع » (١) .

وهكذا فانه جمهور الشافعية - مثل الحنفية - يرجعون حظر
التعاقد مع النفس الى استحالة تولى شخص واحد طرفي العقد ويعتبرون
قاعدة امكان بيع الأب لولده الصغير مال نفسه وشراؤه مال الصغير -
وهي قاعدة مقررة في المذاهب الأربعة جميعا - مجرد استثناء لا يمس
أصل المنع القائم على الاستحالة النظرية ، ولهذا فان اذن الأصل
لنائبه في التعاقد مع نفسه لا يرتفع به الحظر ولو اتفت كل مظنة
لنعراض المصلحة كما لو كان الأصل قد حدد الثمن في مثال
البيع ، ولم يخرج عن هذا الرأي الا ابن الرفعة في القول الذي ينقله
عنه صاحب « نهاية المحتاج » فعلى هذا القول يجوز للنائب أن يتعاقد
مع نفسه عند انتفاء التهمة أى متى لم يكن هناك أى احتمال لحسابه
النائب نفسه أو الأصل الآخر على حساب الأصل صاحب الشأن .

أما المالكية والحنابلة فانهم وإن يكن الأصل عندهم كذلك منع
تعاقد النائب مع نفسه الا أن علة هذا المنع هي تعارض المصالح القائم
بين الأصل والنائب فهي اذن علة عملية وليست استحالة منطقية تحول
مطلقا دون امكان تولى شخص واحد طرفي العقد - كما عند الحنفية
والشافعية - ولهذا أمكن للمالكية والحنابلة أن يجيزوا تعاقد النائب
مع نفسه متى أذن له الأصل فهذا الاذن خير ضمان لا انتفاء الخطر

(١) نهاية المحتاج ج ٤ ص ٢٧ .

على مصلحة الأصل ولذلك يجوز التعاقد مع النفس - في مثالي البيع - متى كان الأصل قد حدد الثمن الذي يقبل أن يبيع به الشيء المخول الى النائب في يمينه ولكن يشترط أن لا يكون هناك راعب في الشراء بأكثر من ذلك الثمن ، فجواز تعاقد النائب مع نفسه في هذه الصورة - والفرض أن الأصل لم يأذن - مرجعه الى ظروف قاطعة في الدلالة على انتفاء الخطر على مصلحة الأصل لكونه قد حدد الثمن الذي يرضاه من جهة ولعدم وجود راعب في الشراء بأكثر من ذلك من جهة أخرى •

يقسول الدردير في شرحه لمختصر خليل : « ومنع يمينه أى الوكيل •• لنفسه ما وكل على يمينه ولو سمي له الثمن لاحتمال الرغبة فيه بأكثر ، مالم يكن يعد تناهى الرغبات فيه أو لم يأذن له ربه في البيع لنفسه والا جاز ، ومحجوره من صغير وسفيه ورقيق غير مأذون فيمنع لأنه من قبيل البيع لنفسه •• بخلاف زوجته أى الوكيل وولده الرشيد ورقيقه المأذون فلا يمنع لاستقلالهم بالتصرف لأنفسهم بخلاف المحجور ان لم يحاب لهمافان حابى منع ومضى البيع وغرم الوكيل ما حابى به » (١) •

وأخيرا فالحنبالة - مثل المالكية - وان اعتبروا أن الأصل هو منع تعاقد النائب لنفسه مع نفسه الا أنهم يجيزونه متى أذن الأصل لنائبه في التعاقد مع نفسه فحينئذ يصح تعاقد ويمضى في حق الأصل وهكذا « لا يصح بيع وكيل لنفسه ولا يصح شراؤه منها لموكله الا ان أذن فيصبح تولى طرفى عقد فيهما كآب الصغير » (٢) •

(١) على عايش حاشية السوفا ج ٣ (طبعة السعادة بصر سنة ١٣٢٨) ص ٢٩١
والنظر نصرا قلبية أخرى من المذاهب الأربعة قلها الملهورى في مصادر الحق « ج •
ص ٢٩٩ - ٣٠٥
(٢) منتهى الإرادات - القسم الأول - ص ٤٤٨ •

ويبدو لنا أن لا تقسام المذاهب بين حظر تعاقد النائب مع نفسه مطلقا بين أباحة ذلك التعاقد في بعض الحالات صلة بخلافها حول مسأله رجوع حقوق العقد الى الموكل أو الى الوكيل (١) فالذين يقولون برجوعها الى الموكل كانوا أكثر استعدادا لاعتبار تعاقد النائب مع نفسه جائزا فأجازوه كلما انتهى تعارض المصالح بين الأصيل ونائبه ، والذين يقولون برجوع حقوق العقد الى الوكيل - وهم الحنفية والشافعية - وجدوا صعوبة منطقية في السماح بتعاقد النائب مع نفسه فكان الحظر لديهم مطلقا عدا في قول مرجوح لدى الشافعية (٢) .

ومتى كان الأمر كذلك وكانت حقوق العقد لا تتعلق بالوكيل لا في العقود التي يعقدها باسمه شخصيا لا باسم الموكل وذلك في المذاهب كلها جاز أن تساءل عما اذا كان منطق فقهاء الحنفية والشافعية لا يؤدي الى القبول باتفاء الاستحالة النظرية التي جعلوها أساسا لحظر التعاقد مع النفس كلما كان العقد الذي يعقده النائب مضافا الى الأصيل أى معقودا باسمه وليس فقط لحسابه ، اذ في هذه الحالات لا تتعلق حقوق العقد بالوكيل اتفاقا وانما تتعلق بالموكل فلا يكون ثمة ذلك « التضاد في الأحكام » الذي يجعل الشخص الواحد مستردا مستقصيا ، قابضا مسلما مخاصما في العيب ومخاصما . ان الاجابة على هذا التساؤل بالإيجاب أقرب الى القبول بالنسبة للحنفية الذين ربطوا حظر التعاقد مع النفس بتضاد الأحكام على الوجه

(١) انظر ما يلي بند ١٥٢ وما بعده .

(٢) يقول السرخسي بعد إيراد قاعدة حظر التعاقد مع النفس على الوجه الذي قلناه في المتن « وهو بياح على أن حقوق العقد عندنا تتعلق بالوكيل » . وعلى قول الشافعي رحمه الله حقوق العقد تتعلق بالموكل وليس للوكيل من ذلك شيء ليسقط به ١٩٦-٣٤٠ وتجد هنا اللبس ذاته فيما ينقله الحنفية عن الشافعية في مسألة حقوق العقد على ما سنبينه في البندين ١٥١ و ١٥٢ وظاهر ما قلناه في المتن هنا أن الشافعية مثل الحنفية يقولون بمنع التعاقد مع النفس على أساس الاستحالة النظرية .

السالف ، اما الشافعية فلا يبدو أن رجوع حقوق العقد الى الموكل مؤثر في منطقتهم لأنهم انما يرجعون حظر التعاقد مع النفس الى « عدم انتظام الإيجاب والقبول من شخص واحد » وهي صعوبة لا تزول بمجرد تعلق حقوق العقد بالموكل لأنها متعلقة بتكوين العقد لا بآثاره .

١١٠ - وإذا جاز لنا أخيرا أن نختار بين مختلف أوجه النظر الى طبيعة تعاقد النائب مع نفسه فالتا نرى الأقرب الى الأمر الواقع أن يقال ان تعاقد النائب مع نفسه تصرف قانوني بارادة منفردة ينصرف أثره الى كل من ذمتي الطرفين ، ففي صورة تعاقد النائب مع نفسه تنتج ارادته آثارها في ذمته - الأمر الذي يملكه أصلا - كما تنتج آثارها في ذمة الأصيل التي هو مسلط عليها بحكم نيابته ، وفي صورة تعاقد النائب مع نفسه لغيره تنتج ارادته آثارا قانونية في ذمتي الطرفين بحكم نيابته عنهما معا .

١١١ - ومتى تحدد مدى النيابة وتعين حدود مكنة النائب على الوجه المتقدم فإن ما خرج عن تلك الحدود من تصرفاته لا يتحقق فيه حكم النيابة فلا تنصرف آثاره الى الأصيل الا في حالات معينة ليست في الواقع استثناء من هذه القاعدة بقدر ما هي إعادة نظر في حدود النيابة :

١ - فأولى هذه الحالات هي حالة الاقرار - ذلك أن الأصيل قد يقر تصرفا قام به النائب خارج حدود نيابته وبديهي أن الأصيل وهو يملك تخويل النائب مكنة معينة قبل اجراء التصرف يملك كذلك تخويله تلك المكنة بعد أن يكون قد تصرف وعلى هذا الوجه يمكن أن يقال أن الاقرار ليس الا انابة لاحقة للتصرف ذات اثر رجعي ولذا

فإن شرط صحته أن يكون المقر عالما بأن التصرف الذي يقره خارج
عن حدود الأنابة ويقره قاصدا إضافة أثره الى نفسه (١) .

وقد كان الاقرار محل تصوير خاطيء في الفقه الفرنسي من زمن
فقد كان النائب يعتبر في موقف من يتقدم للأصيل بعرض مضمونه
التصرف الذي عقده مع الغير (٢) وكان الأصيل يعتبر باقراره ذلك
التصرف كمن يعقد مع الغير عقدا جديدا وذلك باعتبار أن تصرف
النائب مع الغير قبل الاقرار ليس تصرفا مكتملا وأنه لا يكتمل الا
بقبول الأصيل في الاقرار (٣) .

الا أن خطأ هذا التصوير وبعده عن حقيقة النيابة لم يلبث أن
اتضح واطرحت تلك الفكرة القديمة واستقر الرأي على أن الاقرار
لا يكون عقدا جديدا بين الأصيل والغير وانما هو تصديق على عقد
موجود فعلا بين النائب والغير وهو تصديق يسد الثغرة التي كانت
ناشئة عن تجاوز حدود النيابة وبذلك يتم حكم النيابة بأثر رجعي
فتنصرف آثار العقد الى الأصيل من وقت إبرام العقد بين النائب

(١) حكم محكمة النقض ٦ أبريل سنة ١٩٥٠ - مجموعة أحكام محكمة النقض (المجلد)
السنة الأولى رقم ١٠١ من ٤٠٩ .

• الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يتجاوز حدودها المرسومة ويجب لاقرار
ما يبشره خارجا عن هذه الحدود أن يكون المقر عالما بأن التصرف الذي يقره خارج عن
حدود الوكالة وأنه قد أقره قاصدا إضافة أثره الى نفسه .

ويمستوى أن يكون للتصرف ثانيا متجاوزا حدود نيابته وأن يكون شخصا لا صفة
له أصلا . انظر نقض مدني ٢٨ ديسمبر ١٩٦٧ - مجموعة الكتب الفرنسي ١٨/٢٩٢/١٩٣٢ و
واقعة الطعن الذي صدر فيه هذا الحكم كان أصل النيابة منتفيا وقت التساؤل غير أن المحكمة
رأت على القرار الاصول سريان العقد في حقه ، وهذا هو ما تضمن عليه في خصوص بيع
ملك الغير المادة ٤٦٧ من القانون المدني المصري .

انظر أيضا نقض مدني ٦ أبريل ١٩٧٢ - مجموعة الكتب الفرنسي ٢٣/١٠١/٦٤٨ .
(٢) ديلامار ولبواتان : موسوعة عقد الوكالة بالمعولة ج ١ بند ١٨١ الفصل

السادس - مشار اليه في بوبسكو - وامنسيانو ص ٣٤٣ .
(٣) لوران ج ٢٨ بند ٦٩ مشار اليه في بوبسكو - وامنسيانو ص ٢٤٤ .

والغير ، وهو ما يتفق والنظرية الحديثة في النيابة التي مؤداها أن العقد
انما يتم باتفاق ارادة النائب مع الغير دون مدخل لارادة الاصيل على
ما أسهنا فيه في موضعه من هذا المؤلف .

وبديهي أن الاقرار وهو تعبير عن ارادة الاصيل — مثله مثل
الانابة — قد يكون صريحا وقد يكون ضميا وغالبا ما يستتج ضمنا
من ابتداء الاصيل في تنفيذ العقد الذي أبرمه نائبه مع الغير .

١١٢ — ولم ينص القسانون المدني المصري على مهلة معينة
يصدر خلالها الاقرار سواء في حالة الفضالة (م ١٩٠) أو في حالة
تجاوز الوكيل حدود نيابته (م ٧٠٣) هذا مع أن العقد الذي يبرمه
باسم آخر شخص لا صفة له أو نائب جاوز حدود نيابته هو عقد غير
نافذ ولكنه في الوقت نفسه قابل للنفاذ ، وهو لذلك يمثل بالنسبة
لدوى الشأن جميعا وضعا قلقا من المصلحة أن يستقر اما بنفاذ العقد
في حق من أبرم باسمه واما باعتباره غير قائم .

لهذا تنص بعض القوانين كالقانون المدني العراقي (م ٩٤٤
فقرة ٢) والقانون المدني الالماني (م ١٧٧ فقرة ٢) وقانون الالتزامات
السويسري (م ٣٨ فقرة ٢) والقانون المدني الايطالي (م ١٣٩٩
فقرة ٤) كما تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٨ من مشروع المعهد
الدولي لتوحيد القانون الخاص على حق الغير في تحديد مهلة معينة
يجب أن يتم خلالها الاقرار ، والقانون الالماني خاصة ينص على تحديد
تلك المهلة بأسبوعين من تاريخ اعدار الغير للاصيل طالبا منه اتخاذ
موقف من العقد اقرارا أو رفضا للاقرار ، فاذا انقضى الأسبوعان
اعتبر سكوت الاصيل رفضا للاقرار ولم يعد له أن يقر العقد بعد
ذلك .

وتحديد مهلة معقولة يلتزم الاصيل خلالها باقرار العقد بحيث

إذا انقضت بغير أن يصدر الاقرار أصبح الغير في حل من ذلك العقد
يرمى ، كما هو واضح ، الى التقصير من أمد عدم استقرار الوضع
الناتج عن تجاوز النائب حدود نيابته أو تصرفه بغير صفة له في
التصرف .

وقد يتولى القانون نفسه تحديد تلك المهلة كما فصل القانون
المدنى الألماني اذ حددها - كما رأينا - بأسبوعين من تاريخ اصدار
الغير للأصل ببدء رأيه في الاقرار أو في عدم الاقرار (المادة ١٧٧
فقرة ثانية من القانون المدنى الألماني) أو قد يكتفى القانون باعطاء
الغير المتعاقد حق تحديد تلك المهلة في اصداره للأصل كما فعل القانون
المدنى العراقى (المادة ٩٤٤ فقرة ثانية) والقانون المدنى الايطالى
(المادة ١٣٩٩ فقرة رابعة) وقانون الالتزامات السويسرى (المادة ٣٨
فقرة ثانية) وفى جميع الأحوال يعتبر انقضاء المهلة دون صدور الاقرار
عن الأصل رفضاً له ويتحلل المتعاقد من العقد الذى أبرمه معه شخص
لا صفة له أو نائب تجاوز حدود مكتبته .

والتقنين المدنى المصرى وإن يكن قد خلا من نص بشأن تحديد
مهلة للاقرار أو بشأن امكان الرجوع فى العقد قبل الاقرار إلا أن
المشروع التمهيدي كان يحوى فى المادة ٩٩٠ منه نصاً مؤداه تمكين
الغير من تحديد ميعاد مناسب للأصل يقر فيه الاتفاق على أن يتحلل
المتعاقد إذا لم يصدر الاقرار فى الميعاد المحدد كما نصت تلك المادة
كذلك على جواز رجوع الغير فى العقد قبل صدور الاقرار « إلا اذا
كان يعلم أن الوكالة غير موجودة » ، أو كان ينبغي أن يكون عالماً
بذلك » . وقد حذفت المادة ٩٩٠ من المشروع التمهيدي فى لجنة
المراجعة « اكتفاء بما تقدم من أحكام النيابة » ، والرأى أن ما جاء فى

النص المحذوف من أحكام لا يخرج عن التواعد العامة فليس ما يمنع من العمل بها في القانون المصرى برغم خلوه من النص عليها (١) .

وإذا كان الغير علما بأنه يتعاقد مع غير ذى صفة أو مع نائب يتجاوز حدود نيابته فليس له أن يتحلل من إيجابه حتى يعلن الأصل موقفه (٢) وفي مثل هذا الوضع تمس الحاجة الى تحديد مهلة معقولة يعلن خلالها الأصل موقفه حتى لا تطول فترة عدم الاستقرار الناشئ عن وجود عقد غير نفذ لا يستطيع المتعاقد الرجوع فيه .

١١٣ - ٢ - وحالة ثانية تنصرف فيها الى الأصل آثار تصرف النائب خارج حدود الانابة وهي حالة كون تصرف النائب نافعا للأصل (٣) والواقع أن النيابة في هذا القرض تستند الى فضالة لا حاجة معها الى اقرار لكون التصرف نافعا نفعا محضاً وبذلك يتحقق حكم النيابة وينصرف أثر التصرف الى الأصل رأساً رغم خروج التصرف عن حدود نيابته كما رسمتها الانابة الصادرة من الأصل . ومن أمثلة ذلك في العمل أن يعهد وكيل خاص تقتصر انابته على ادارة محل تجارى (مثلاً) الى انهاء عقد ايجار منزل الأصل الذى اضطر الى مغادرة البلاد في حالة حرب وذلك لاتمائه الى طائفة

(١) السندورى : الوسيط ج ٧ ، المجلد الاول ، بند ٣٠٥ .

(٢) تقضى ١٤ نوفمبر ١٩٦٨ - المحاماة ١٠٤/١٢١/٥٠ المبدأ الخامس . وهذا المبدأ

منصوص عليه صراحة في القانون لدقلى الألمانى (م ١٧٨) .

(٣) أنظر حكم محكمة الاستئناف المختلطة ٣٦ يناير سنة ١٩٣٥ المحاماة المسة ١٦ رقم ٢٤٧ ص ٥٥٠ والبلتان المسة ٤٧ ص ١٤٦ « الأعمال التى يسلمها الوكيل خارجاً عن حدود وكالته لا تعتبر لائمية الا اذا ثبت أن الموكيل لم تحصل له فائضة منها والا التزم فى حدود للمصلحة المحاصلة له » . وينتفى للمعنى حكم محكمة استئناف باريس ٢٥ يوليو سنة ١٩٢٩ - حويلات القانون التجارى سنة ١٩٢٩ ص ٢٧٢ وحكم محكمة استئناف الجزائر ٧ يونيو سنة ١٨٩٩ - دالوز ١٨١/٢/١٩٠١ .

لم يكن بقاؤها مرغوبا فيه (١) فهذا الانتهاء الذي يخرج عن حدود النيابة ينصرف أثره الى الأصل رغم ذلك متى استتجت المحكمة من ظروف الدعوى أنه كان نافعا للأصل .

ويدخل في هذا الباب الحكم الذي استحدثته المادة ٧٠٣ فقرة ثانية من القانون المدني المصري الحائى (٢) التى نصها « على أن له (للوكيل) أن يخرج من هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان الا ليوافق على هذا التصرف ، وعلى الوكيل فى هذه الحالة ، أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة » . وقد اعتبر هذا النص تطبيقا لقواعد الفسالة (٣) فهو على هذا الوضع داخل فى عموم الحالة الثانية من الحالات التى ينصرف فيها الى الأصل أثر تصرف النائب رغم تجاوزه حدود النيابة ويأخذ حكمها .

(١) انظر حكم محكمة استئناف باريس ٢٩ مارس سنة ١٩٤٦ - دالوز ١٩٤٦ ص ٢٢٧ وقد صدر بالقرار إلغاء إيجارة أحد اليهود الذين اضطروا لمغادرة البلاد وقد قرر هذا الحكم مبدأ وجوب الرجوع الى الوقت الذى حصل فيه التصرف لتقرير كونه نافعا أو غير نافع للأصل وذلك بدون تأثر بالظروف التى قد تكون طرأت بعد ذلك وبغير من وضع الأمور ، وفى واقعة الدعوى لم تر المحكمة أن تطرح الحادث بما سمح لليهود بالعودة والتموطن فى البلاد له وزن فى تقدير نفع التصرف وعلى ذلك أقرته رغم تلك الظروف الجديدة .

(٢) هذه المادة كتابتها فى التقنين المدنى السورى للمادة ٦٦٩ وفى التقنين المدنى الليبى للمادة ٧٠٣ وفى التقنين المدنى العراقى للمادة ٩٣٣ وفى تقنين المرجبات والنفود اللبنانى للمادة ٧٧٩ وفى قانون الوكالة السودانى للمادة ٣/١٠ وفى التقنين المدنى الجزائرى للمادة ٥٧٥ .

(٣) - السنهورى : الوسيط ج ٦ بند ٨٨ ص ١٩٨ حاشية ١ - وانظر فى الجزء السابع - للجلد الأول من « الوسيط » بند ٢٤٩ ص ٤٥٦ - ٤٥٧ تكميلا أثر لحكم للمادة ٧/٧٠٣ يخرج عن الفسالة ويرجعه الى نيابة قانونية اضعاها القانون فى هذه الحالة على الوكيل فيما يجاوز حدود الوكالة واستنادا الى ارادة ضمنية للموكل متى دلت الظروف على انه « ما كان الا ليوافق » على تصرف الوكيل والموكل على الاخر فى علاقتها هذا التكليف الجديد يرجع الى أن وجع كل من الوكيل والموكل على الاخر فى علاقتها الداخلية يكون فى هذه الحالة أيضا بموجب عقد الوكالة لا بموجب قواعد الفسالة وهى عادة تكون أضيق من قواعد الوكالة .

١١٤ - ٣ - وثالثة هذه الحالات هي حالة وجود ظروف من فعل الأصل من شأنها إعطاء الغير فكرة عن النية أوسع من حقيقة الأمر في الانابة فهنا تعتبر التصرفات العاصلة ضمن حدود تلك المكنة الظاهرة حاصلة بطريق النية ومنصرفه آثارها الى الأصل . وسنتناول فيما بعد بتوسع أكبر هذه النظرية التي أقام بناءها عديد من أحكام القضاء حماية للغير ومحافظة على استقرار المعاملات (١) .

١١٥ - قلنا أن تحديد مدى النية - على أساس ما تقدم - أمر يرجع الى إرادة الأصل المتجلية في الانابة وأن المسألة في حالات الغموض والاستبهام هي مسألة تفسير تلك الإرادة على ضوء ظروف الحال .

ولكن الانابة متى صدرت من الأصل بحدودها المينة قد تقتزن بتعليمات صادرة منه الى نائبه خاصة بكيفية استعمال النائب للمكنة المخولة اليه بمقتضى الانابة وميمنة للظروف والأحوال والشروط التي قد يشاء الأصل أن يقيد بها استعمال تلك المكنة .

فما هو مقدار ارتباط تلك التعليمات بموضوع بحثنا في مدى النية وهل لها تأثير في تحديد ذلك المدى وهل ينبغي وضعها موضع الاعتبار عند تعيين حدود مكنة النائب في إبرام تصرفات باسم الأصل ؟

الواقع أن تلك التعليمات لا يمكن اعتبارها عنصرا من عناصر الانابة وانما هي تتعلق بالعقد الذي تستند الانابة اليه من وكالة أو غيرها ، فتعليمات الأصل تلزم النائب بمقتضى الوكالة (مثلا) التي يربطه بالأصل بأن يتصرف في حدود تلك التعليمات ولكنها لا تقيد من المكنة القانونية المخولة له بمقتضى الانابة اذا جاءت هذه الأخيرة غير مقيدة بمثل ما يرد في التعليمات .

(١) انظر ما على بند ١٢٣ ما يبعه .

مثال ذلك : (١) ينب عنه (ب) في شراء عقار في منطقة معينة
ويصدر اليه في الوقت نفسه تعليمات خاصة ببعض أوصاف المقيسار
المطلوب شراؤه كأن لا يقل عن مساحة معينة أولا يزيد ثمنه على
مبلغ معين فإذا اشترى الوكيل عقارا في المنطقة المحددة في الاثابة ولكن
مخلفا للأوصاف الواردة بتعليمات الأصيل فإن العقد مع ذلك تنصرف
آثاره الى الأصيل لدخوله في حدود النياية ولكن يبقى للأصيل أن
يرجع على نائبه بما تستتبعه مخالفة هذا الأخير لالتزاماته الناجمة عن
عقد الوكالة أعنى وجوب اتباع تعليمات الموكل .

وقد لا يكون أمثال الحالة السالفة الذكر مما يندر وقوعه في
العمل وذلك لأنه يحدث كثيرا أن تصاغ الاثابة في عبارات عامة تسهلا
لتعامل النائب مع الغير وتمكيننا كذلك للنائب من تدبر مصلحة الأصيل
بشيء من التصرف على أن يقيد النائب بتعليمات تصدر اليه من
الأصيل (١) وهي تعليمات تخص العلاقة الداخلية بينهما من وكالة أو
عمل الخ ... فلا أثر لها - على ما قدمنا - في تقييد المكنة المخولة
لنائب بمقتضى الاثابة (٢) .

- (١) أنظر قون تور من ٢٩٣ - ٢٩٤ والحاشية رقم ٤٣ - وكذلك بلجساي ص ٦١ .
(٢) حكم الاستئناف المختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٣٩ الحاماة ١٢٦٥/٥٧٢/٢ .
• الاتفاقات الحاصلة بين الموكل والوكيل بشأن تأجير عقار ما وللقيدة لسلطة الأخير
لا يحتج بها على المستاجر الذي تعامل مع الوكيل بعد اطلاعه على عقد الوكالة الذي يمنح
الوكيل سلطة تامة من حيث اختيار المستاجر وقيمة الإيجار ومدة التأجير .
وحكم محكمة الاسكندرية الابتدائية ٢٦ أبريل سنة ١٩٥٧ (الحاماة ١١٢٥/٥١٤/٣٨)
• متى تصرف الوكيل مع الغير في حدود الوكالة الصادرة اليه نفذ تصرفه في حق الموكل
وان كان الوكيل قد صدر من أجل عملية معينة متفق عليها بين الموكل والوكيل وذلك
لأن عبارات التوكيل اذا لم يرد فيها ذلك التخصيص لمن حق الغير أن يطعن الى ذلك
التوكيل ويتعامل على اسمه . • وينص الفصل ١١٥٤ من مجلة الالتزامات والعقود
التونسية على هذه القاعدة صراحة لا يقول : • • اما الكيود والعقود الحرية التي بين
الموكل والوكيل ولم ينص عليها في التوكيل فلا تكون حجة على الغير الا اذا ثبت عليه
العلم بها وقت العقد » .

وانظر في القاعدة للسجها في القانون الأمريكي كويولا بند ٥٢ ص ٢٥ Corpus
Juris Secundum بند ١٦٥ و Fernon بند ١٥٢ وانظر في القانون الإنجليزي سكونجر
ص ٣٦ و ١٥١ .

١١٦ - وليس هذا الا نتيجة طبيعية لقعدة استقلال الانابة عن العقد الذي تصدر بمناسبة وتمشيا مع التمييز بين وجهي النيابة: وجه العلاقة الداخلية بين النائب والأصيل وبحكمها ما يربطهما من وكالة أو عقد عمل أو غير ذلك ، ووجه العلاقة الخارجية التي تربط الأصيل بالغير عن طريق الانابة وكنتيجة لاستعمال النائب للمكنة التي تخوله اياها هذه الانابة .

وقد أبرزت محكمة النقض المصرية التفرقة التي نوهنا بها بين وجه علاقة الأصيل بالنائب وبين وجه العلاقة التي تربط الغير بالأصيل عن طريق النيابة فقررت أنه :

« متى كان التوكيل الصادر الى وكيل المظنون عليهما يبيح له اجراء الصلح والنزول عن الدعوى وكان الصلح الذي عقده مع الطاعنين في حدود هذه الوكالة قد استوفى شرائطه القانونية بأن تضمن نزول كل من الطرفين على جزء من ادعاءاته على وجه التقابل حسما للنزاع القائم بينهما وكان الحكم المظنون فيه اذ لم يعتد بهذا الصلح واذ قرر أن الوكيل لم يراع فيه حدود وكالته أقام قضاءه على أن الصلح الذي عقده فيه غبن على موكله ، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون ، ذلك لأن هذا الغبن على فرض ثبوته لا يؤدي الى اعتبار الوكيل مجاوزا حدود وكالته ، وانما محل بحث هذا الغبن وتحديد مدى آثاره يكون في صدد علاقة الوكيل بموكله لا في علاقة الموكل بمن تعاقد مع الوكيل في حدود الوكالة » (١) .

وليست لنا على هذا المبدأ القويم الا ملاحظة لفظية وذلك حيث تقول محكمة النقض ان « هذا الغبن على فرض ثبوته لا يؤدي الى اعتبار الوكيل مجاوزا حدود وكالته » ، والأصوب عندنا أن يستبدل

(١) لاض ٢٢ أكتوبر ١٩٥٣ - المجلد ٢٥ - ٣٤٦ - ٨٨٧ .

لفظ « الاتابة » بلفظ « الوكالة » فالصحيح أن يقال ان ما قد يقع في عقد الصلح الذي يبرمه الوكيل من غبن لا يؤدي الى اعتبار الوكيل متجاوزا حدود الاتابة الصادرة له من موكله ومن ثم ينفذ تصرفه في حقهم ، أما عقد الوكالة الذي يربط الوكيل بموكله فهو يلزمه بتحري مصلحة الموكل وببذل عناية الرجل المعتاد في تنفيذ الوكالة (المادة ٧٠٤ مدنى) وعلى ذلك فتمت أبرم الوكيل عقدا فيه غبن الموكل كان مسئولا عن ذلك أمام موكله في نطاق عقد الوكالة .

١١٧ - وظاهر أن عدم الاعتداد في تحديد مدى النيابة بالتعليمات الصادرة من الأصيل أو بالفرض الذى من أجله صدرت الاتابة هو أمر يقتضيه استقرار المعاملات طالما كانت تلك التعليمات وذلك الفرض أمرا منحصرًا بين الأصيل والنائب ومتعلقًا بالعلاقة الداخلية بينهما ، تلك العلاقة التي لا يفترض في الغير العلم بها أو التحرى عن تفاصيلها ، وما دامت هذه هي حكمة القاعدة فقد يبدو غير مقبول على علته ما يراه بعض المؤلفين (١) من عدم تأثير علم الغير بالتعليمات على اطلاق القاعدة فيظل العقد المبرم بين النائب وهذا الغير منصرف الآثار الى الأصيل . والأقرب الى الصواب فيما نرى أن يقال انه اذا كان الغير الذى يجهل تعليمات الأصيل مستحق انحماية فإن الغير الذى يعلم بتلك التعليمات لا يستحق الحماية عنها ولا خروج على مستلزمات استقرار المعاملات في عدم اعتبار عقد هذا الغير مع النائب - خارج نطاق التعليمات - منصرف الآثار الى الأصيل . على أن صاحب هذا الرأى لا يطلقه في جميع الأحوال بل يفيد بحسن النية اد بقول ان الغير الذى يتواطأ مع النائب على ابرام عقد مخالف لتعليمات الأصيل اضرارا بهذا الأخير لا تصرف آثار عقده

(١) فون نوهر ص ٢٩٤ .

الى الأصل ، ونرى أنه متى وضع حسن النية موضع الاعتبار تعذر أن ينفذ عقد النائب مع كل من كان من الغير علما بتعليمات الأصل إذ تعذر نسبة حسن النية الى مثل هذا الغير سواء أكان متواطئا مع النائب أو غير متواطئ .

١١٨ - قلنا ان ما يجريه النائب باسم الأصل من تصرفات في حدود نيابته ترجع آثاره الى الأصل مباشرة (مادة ١٠٥) وستتناول ذلك بالتفصيل عند كلامنا على آثار النيابة ، ولكن ما حكم التصرف الذى يجريه النائب خارج حدود نيابته ؟ لاشك أن مثل هذا التصرف لا تنصرف آثاره الى الأصل ولكن هل تترتب عليه مسئولية على النائب قبل الغير وما هو سند هذه المسئولية وما مداها ؟

هذه كلها مسائل تتصل بموضوع مدى النيابة وقد فضلنا لذلك أن نبحثها في هذا الفصل عن أن نتناولها مع آثار النيابة كما فعل معظم من كتب في الموضوع ، ذلك أن بيان أثر تصرف النائب خارج حدود نيابته انما يتناول الأحكام التى تنبئ على تجاوز حدود النيابة ولا يمكن بغير تجاوز كثير ادخالها ضمن آثار النيابة لأنه لا نيابة في الواقع في مثل هذه الحالات .

ولا يخرج الأمر في هذه الحالات بالنسبة للغير الذى يتعامل مع النائب عن صورتين :

١ - فقد يكون الغير علما باتقاء صفة النائب في التصرف الذى يجريه - اما لعدم وجود اناة أصلا واما لخروج ذلك التصرف عن حدودها - وهذه هي الحالة العادية للقضالة . وفي هذه الصورة لا محل لترتيب أية مسئولية على النائب أو على المتخذ لصفة النائب وذلك لعدم

الغير بحقيقة الواقع علما من شأنه انتفاء ضرورة حمايته بتحميل النائب
مسئولية ما (١) .

٢ - وقد يكون الغير جاهلا انتفاء صفة النائب في التصرف الذي
يجريه أى معتقدا وجود الانابة ودخول التصرف في حدودها ، وهذه
الصورة تقتضى البحث في المسؤولية التى تقع على عاتق النائب أو المتخذ
لصفة النائب بالنسبة للغير المتعاقد معه . فما هو أساس هذه المسؤولية
وما مداها ؟

١١٩ - مؤدى نظمام النيابة أن النائب وإن كان له الدور

(١) كانت للمداتان ٥٢٣ و ٥٢٤ من القانون المدني المصري القديم تنصان على ماينامى :
مادة ٥٢٣ - « الوكيل الذى يعمل عملا على ذمة موكله بدون أن يغير بتوكيله
يكون هو المسئول لدى من عامله » .

مادة ٥٢٤ - « أما إذا أخبر أن عمله للموكل وعمل فمعه فلا يترتب عليه الزام غير
اثبات التوكيل ولا يكون مسئولا أيضا عن تجاوز حدود ما وكل فيه إذا أعلم من يعامله
بسمه وكالته » .

ويضمن القانون المدني الفرنسى نفس الحكم فى المادة ١٩٩٧ منه .
وقد صدر القانون المدني المصرى غلوا من نص مقابل غير أنه يجب أن لا يستنتج
من ذلك قصد التشريع الى الخروج عن هذا الحكم الذى يتفق ومتعضيات المنطق والمدالة
خاصة وأن المقروع التمهيدى للتقنين الحال كان يحوى النص على هذا الحكم فى المادة ٩٩١
منه التى حذفتم فى لجنة المراجعة « اكتفاء بما تقدم من أحكام النيابة » ولا خلاف فى
الافتقار على تطبيق حكم المادة المحذوفة رغم حذفها (السنهورى : الوسيط ج ٧ ، المجلد
الأول ، بند ٣٠٥) .

ومن تطبيقات القضاء المصرى لهذه القاعدة حكم محكمة الاستئناف المختلطة فى
فبراير سنة ١٩٣٣ البلتان ١٦٧/٤٥ .

« Qu'il y ait erreur du mandataire seul sur l'étendue de ses pouvoirs, ou même erreur commune de celui-ci et celui avec qui il traite, cette erreur ne saurait donner lieu à responsabilité personnelle du mandataire, si le tiers s'est rendu compte ou s'est dû se rendre compte du vice de l'acte ». Cour d'Appel Mixte 9 Février 1933 B. 45/167.

وهذا الحكم منشور كذلك فى المامات السنة ١٤ القسم الثانى رقم ٣٤١ ص ٦٦٧
ويلاحظ أنه سوى فى الحكم بين حالة علم الغير بحدود الانابة وبين حالة افتراض علمه
بها حتما . ومن التطبيقات القضائية للمماثلة أحكام الاستئناف المختلط ٣٦ نوفمبر
سنة ١٩٠٢ البلتان ١٢/١٥ و ١٩ فبراير سنة ١٩٠٣ البلتان ١٥٥/١٥ و ١٢ يناير
سنة ١٩٠٥ البلتان ٧٦/١٧ و ١٥ يونيو سنة ١٩٢٢ البلتان ٤٨٤/٣٤ .

الأول في إبرام التصرف القانوني إلا أنه بعيد كل البعد عن آثاره فهذه الآثار تنصرف مباشرة إلى الأصل ولا شأن للنائب بها مطلقاً فإذا امتنع انصراف هذه الآثار إلى الأصل بسبب انتفاء صفة النائب فلا يكون مؤدى ذلك انصراف تلك الآثار إلى النائب نفسه لأن هذا الأخير لم يكن يتعاقد باسمه ولم تتجه إرادته إلى التصرف لحسابه وعلى هذا فالمسئولية التي تترتب على هذا الوضع فيما بين النائب والغير لا يمكن أن تستند إلى العقد المبرم بينهما فإن هذا العقد لا يمكن أن يكون منشأ لآثاره في ذمة النائب . هذا هو مؤدى منطق النيابة ، والنتيجة المباشرة لذلك هو استبعاد استمداد مسؤولية النائب قبل الغير من العقد المبرم بينهما وبالتالي استبعاد شمول تلك المسؤولية للالتزامات الناشئة عن ذلك العقد بحيث يلزم بتنفيذها النائب الذي تجاوز حدود نيابته أو تعاقد بغير صفة .

فإذا لم تنبع مسؤولية النائب عن ذلك العقد غير النافذ فما هو مصدرها ؟ الجواب هو أن تلك المسؤولية ان امتنع أن تكون عقوبة فهي لا يمكن إلا أن تكون تقصيرية فيلتزم النائب بتعويض الغير على أساس الخطأ الذي وقع فيه باخفائه عن التعاقد معه حقيقة اتساع نيابته .

غير أن إقامة مسؤولية النائب على أساس الخطأ لا تحقق الحماية الكاملة للغير المتعاقد مع النائب ، أولاً لتعذر نسبة الخطأ إلى النائب بمجرد كونه قد تجاوز حدود نيابته أو تعاقد بغير صفة دون أن يصطبغ ذلك بطرؤ من شأنها تبرير نسبة الخطأ إليه ، وكثيراً ما يكون مثل هذا النائب حسن النية آملاً بإجازة الأصل للعقد أو غير مثبته إلى تجاوز حدود النيابة . وثانياً لأن عبء الإثبات في كل مسؤولية تقصيرية هو على مدعى الخطأ وقد يتعذر على الغير في كثير من الصور إثبات حصول الخطأ من النائب .

١٢٠ - لذلك اتجه تفكير كثير من الفقهاء في فرنسا وفي ألمانيا قبل صدور قانونها المدني الى البحث عن أساس آخر لمسئولية النائب الذى يتجاوز حدود نيابته أو يتعاقد بغير صفة . وبرز هذه الاتجاهات هو مارتاه إيرنج (وتابعه في فرنسا سالى) من ادخال هذه الصورة ضمن فكرة عقد الضمان التى وضعها إيرنج ومؤداها أن كل عقد بين شخصين يكون مصحوبا باتفاق ضمنى تابع مؤداها أن يضمن كل طرف للطرف الآخر صحة العقد الأصيل واستيفائه لجميع الشروط المطلوبة قانونا لنفاذه بحيث اذا كان العقد الأصيل باطلا أو لم ينفذ العقد الأصيل بسبب عدم استيفاء شروط صحته أو نقضه التزم الطرف المتسبب في ذلك بتعويض الطرف الآخر استنادا الى ما يسميه إيرنج **الخطأ عند تكوين العقد** .

والتعويض في هذه الحالة قاصر على « المصلحة السلبية » أى مصلحة الطرف الآخر في عدم الدخول في عقد غير نافذ ، لذلك فان التعويض عن المصلحة السلبية يعيد المتعاقد الى الحالة التى كان عليها قبل الدخول في العقد فيصبح وكأنه لم يتعاقد قط وفرق بين هذا التعويض وبين التعويض عن عدم تنفيذ العقد من حيث مدى كل منهما (١) .

والمسئولية القائمة على فكرة الخطأ عند تكوين العقد أصلح للغير المتعاقد مع النائب من المسئولية التقصيرية لما سقت الإشارة اليه من وجوب اثبات الخطأ في الثانية مع تعذر نسبة الخطأ الى النائب في كثير من الصور . ومع ذلك فان غالبية الفقه الفرنسي ما تزال على الرأي القائل بتأسيس مسئولية النائب على أساس الخطأ بالتطبيق

(١) أنظر بريسكو - وامسيانو ص ٢٢٢ - ٢٢٥ والسنهورى : نظرية العقد بند ٥٨٦ ص ٦٦٦ - ٦٦٨ .

للمادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣ من القانون المدني الفرنسي وكذلك القضاء (١) .

غير أن فكرة الخطأ عند تكوين العقد كأساس لمسئولية النائب في هذه الصور قد لاقى قبولا في التقنيات الحديثة حيث نرى المادة ٣٩ من قانون الالتزامات السويسرى تنص على أنه « إذا رفض الأصيل اجازة العقد صراحة أو ضمنا فإن الشخص الذى اتخذ صفة النائب يصح أن ترفع عليه دعوى التعويض عن الضرر الناشئ من عدم صحة العقد ، الا اذا أثبت أن الطرف الآخر كان يعلم أو يفترض حتما أن يعلم عدم وجود الصفة » .

« وفي حالة وقوع خطأ من النائب يصح للقاضى أن يحكم بتعويض أكثر من ذلك اذ كانت تقتضيه العدالة . وتبقى لصاحب الشأن دعوى الاثراء بغير سبب في جميع الأحوال » .

وظاهر من هذا النص أن التعويض المقابل للمصلحة السلبية غير مشروط بوقوع أى خطأ من النائب ، فان وقع منه هذا الخطأ جاز أن يتسع التعويض لأكثر من ذلك فيشمل كل الضرر الذى يعود على الغير من عدم تنفيذ العقد . أما الفقرة الأخيرة فخاصة بالفرض الذى يكون الغير فيه قد نفذ التزامه بمقتضى العقد (بأن سلم المبيع مثلا) وتعذر رده عينا فيكون للغير أن يطالب النائب على أساس دعوى الاثراء (٢) .

كما أن المادة ١٣٩٨ من التقنين المدنى الايطالى الصادر سنة

(١) بوبسكو رامبسيانو ص ٢٢٤ وانظر Dalloz, Répertoire de droit civil, 2ème éd., t. V (1973), Vo. Mandat, No. 333.
وعلم محكمة استئناف روان ٢٦ ديسمبر ١٩٧٢ - جازيت دي باليه ١/١٩٧٤
ملخصات ٣٦ .

(٢) انظر فرن تومر ص ٢٢٢ .

١٩٤٢ تنص على أن الشخص الذي يتعاقد كنائب دون أن تكون له تلك الصفة أو يتجاوز حدود المكنة المخولة له ، مسئول عن الضرر الذي يصيب الغير المتعاقد معه بسبب اطمئناؤه — بغير خطأ منه — الى صحة العقد .

ومؤدى هذا النص الزام النائب بتعويض « المصلحة السلبية » (١) الا في حالة علم الغير باتساق الصفة أو بتجاوز حدود الانابة أو في حالة افتراض علمه بذلك حتما ، والحالة الأخيرة هي المقصودة بعبارة « بغير خطأ منه » الواردة بصدد اطمئنان الغير الى صحة العقد الذى يجريه مع النائب ، ذلك أن الغير يفترض فيه حتما العلم بحقيقة سعة النيابة اذا كان جهله بها راجعا الى خطئه أى تقصيره فى تحرى الأمر الواقع .

وقد أخذ مشروع تنقيح القانون المدنى الفرنسى بالحل نفسه المبني على فكرة الخطأ عند تكوين العقد والذي يقصر التعويض على المصلحة السلبية وذلك فى المادة ٢٨ فقرة ٤ من مشروع اللجنة الفرعية للتصرفات القانونية وهى التى أصبحت المادة ٢٥ فقرة ٤ من المشروع الذى وافقت عليه اللجنة العامة للتنقيح فى جلستها المنعقدة فى ١١ يونيو سنة ١٩٤٨ ونصها « عند عدم الاقرار يلتزم الشخص الذى تصرف عن غيره بلا صفة أو خارج حدود المكنة المخولة اليه بأن يعرض الضرر الذى سببه لمن كانت له مصلحة فى تصادى التصرف متى كان حسن النية » (٢) .

وفكرة الخطأ عند تكوين العقد هى كذلك أساس مسئولية النائب

(١) انظر : ماسينيون ص ١٥٨

Messineo, F. : « Dottrina generale del contratto », Milano, 1948, p. 158.

(٢) انظر أعمال لجنة تنقيح القانون المدنى ج ٣ (سنة ١٩٤٨/١٩٤٧) ص ٢٧

و ص ٩٢ و ص ٢٥٥ .

الذى يتجاوز حدود نيابته و الشخص الذى يتعاقد مع الغير بلا صفة فى القانون الانجليزى (١) غير أن التعويض الذى يلتزم النائب أو الشخص المتخذ صفة النائب بدفعه الى الغير الذى تعاقد معه ليس مقصورا على المصلحة السلبية كما أنه غير مشروط بوقوع خطأ من النائب ويقدر هذا التعويض بمقدار الضرر الذى يترتب فعلا على عدم نفاذ العقد لاتفاء الصفة ، فلو اشترى (أ) بصفته نائبا عن (ب) سفينة من (ج) بثمن قدره ٦٠٠٠ جنيه ثم تبين أن العقد غير نافذ فى حق (ب) لاتفاء صفة (أ) أو لقصورها عن شمول العقد ثم لم يجد (ج) مشترىا للسفينة بأكثر من ٥٥٠٠ جنيه فإن التعويض الذى يلزم بدفعه (أ) هو ٥٠٠ جنيه من غير أن يتحمل (ج) عبء اثبات فوات فرصة لبيع السفينة بـ ٦٠٠٠ جنيه نتيجة لاطمئنانه الى نفاذ عقده مع (أ) لحساب (ب) ، وهو ما يكلف المدعى بالثبات فى التعويض عن المصلحة السلبية .

وفى القانون الأمريكى نجد أن رأى السائد فى تأسيس مسئولية النائب المتجاوز لحدود نيابة أو المتعاقد بلا صفة هو ارجاعها الى فكرة شبيهة بفكرة الخطأ عند تكوين العقد ، اذ يفترض أن المتعاقد بوصفه نائبا يضمن للغير وجود تلك الصفة فإذا انتفت التزم بالتعويض نتيجة لاخلاله بذلك الضمان والتعويض هنا أيضا ليس مشروطا بوقوع خطأ ، أما مقداره فيحدد لا بالمصلحة السلبية ولكن بمقدار الخسارة التى أصابت الغير ومقدار الكسب الذى فاته نتيجة لعدم نفاذ العقد ، أما اذا كان ثمة خطأ ارتكبه المتعاقد بصفته نائبا فتجوز مساءلته على

(١) ويطلق المصطلح الانجليزى على الفكرة التى تقابل فيه فكرة الخطأ عند تكوين العقد فى اللغة اللاتينية اصطلاح « ألتا المصاحب » Collateral contract ، أى المصاحب

المقعد الأصل ، انظر Chitty on Contracts, 3rd ed. Vol. II, London 1906, para 88, p. 46 ; Cheshire and Fifoot, The Law of Contract, London 1960, pp. 51-53 and 409-410 ; Schmitthof, op. cit. pp. 149-151.

اساس المسؤولية التقصيرية وقد يتسع بذلك مدى التعويض (١) .

١٢١ - وهناك فكرة أخرى أراد البعض أن يقيم على أساسها مسؤولية النائب وهي فكرة التعهد عن الغير ، وتطبيقا لهذه الفكرة يعتبر النائب الذي يتعاقد بغير صفة أو يتجاوز حدود نيابته متعهدا للغير بأن يجعل الأصل يلتزم بالمقد فاذا رفض الأصل اجازة تصرف النائب إلتزم هذا الأخير بالتعويض كنتيجة لعدم تنفيذ التزامه الأصلي بعمل شيء (خمل الأصل على الالتزام) وذلك تطبيقا لمعوم القاعدة بشأن الالتزام بعمل وهي تحوله الى التزام بالتعويض عند عدم التنفيذ (٢) .

(١) Reestatement, 2nd (1958), Section 329, . وانظر أيضا Mecham, Sections 325 and 326.

ومع ذلك ينبغي للرجح الأخير أن قواعد القانون الأمريكي في هذا الصدد يشوبها بعض الغموض والاضطراب . انظر كذلك

Ferson, Section 290 ; Coppola, Section 60.

(٢) انظر حكم محكمة استئناف مصر في ٢٢ مارس سنة ١٩٢٢ - الحامدة لسنة

١٥ القسم الثاني رقم ١٣ ص ٢٢ .

هـ ان مجرد قبول الوكيل لعقد الوكالة يوجب عليه أن يبين أن يتعاقد معه سمة وكأنه وان يتعهد بصدد هذه الوكالة فلا يتجاوزها والا كان مسئولا شخصيا من عمله وتبقى اصاله غير ملزمة للموكل بل يكون لهذا الأخير أن يجيزها أو لا يجيزها فاذا لم يقرها للموكل كان على الوكيل أن يحوز الفرذ الذي يحتمل أن يلحق الغير المتعامل منه بسبب خطئه وعدم التزامه حدود التوكيل بل وتلزمه هذه المسؤولية حتى ولو أبشر الغير بسمة وكالته وأعلمه على عقد الوكيل الصادر له من الموكل لأنه على كل حال يعتبر وسيطا لدى الموكل *porte-fort pour le mandant* ويلتزم بأن يحصل على اجازة صاحب الشأن لهذا الغرض الذي عمله خارج حدود الوكالة ومن المقرر أن الوكيل (أي المتعهد عن الغير) اذا لم يحصل على اجازة صاحب الشأن فانه يكون مسئولا من الفرذ الذي يلحق الغير عند عدم الحصول على هذه الاجازة . وليس في نص المادة ١٨٠ مالمى ما يلزم المتعامل مع الوكيل بأن يطالبه بصورة رسمية من عقد الوكالة وانما هو حق غوله له القانون والفرق بالتزامه ينال على عقد الوكالة وواجبات الوكيل التي إلتزم بها عند قبوله الوكالة هـ . ويلاحظ أن هذا الحكم غير صريح في الأخذ بفكرة التعهد عن الغير كأساس لمسؤولية النائب لأنه انما هو أولا على أساس الخطأ ثم قرر أن =

غير أنه يرد على هذه الفكرة اعتراض مرجعه الى الشك في إمكان حدوث التمهيد عن الغير بشكل ضمنى اذ الأصل أن يكون ذلك التمهيد صريحا (١) فاذا كان صريحا كنا أمام حالة من حالات الصورة الاولى التى أشرنا اليها في بداية البحث وهى حالة علم الغير يتجاوز النائب حدود النيابة واذن فيخرج الامر عن كونه حالة مسئولية ناشئة عن تجاوز حدود النيابة وتكون أمام حالة تمهيد عن الغير تحكمها المادة ١٥٣ من القانون المدنى وهو وضع أصيل له أحكامه الخاصة به أما اذا لم يكن التمهيد عن الغير صريحا وكان المتعاقد مع النائب جاهلا بتجاوز حدود النيابة فليس من السهل في جميع الاحوال استنتاج التمهيد عن الغير من الظروف ويستحسن لهذا ارساء مسئولية النائب قبل الغير على أساس آخر .

ومجمل القول أن التقنيات المختلفة تقر مسئولية النائب عن تجاوز حدود النيابة متخذة أساسا لهذه المسئولية خطأ النائب تارة (القانون الفرنسى) ونظرية الخطأ في التعاقد *culpa in contrahendo* تارة أخرى (القانونين الايطالى والموسرى وكذلك القانونين

مسئوليته لا تتنلى بإطلاعه الغير على سمة نيابته بل يظل مسئولا باعتباره متمهدا عن الغير وهذه الصورة الأخيرة كما نلاحظ في المتن هى حالة تمهيد من الغير عادية اذ أن الغير يعلم فيها بعتيقة مدى النيابة وحالات مسئولية النائب الحقيقية انما تقتصر على الصورة التى يكون الغير فيها جاهلا بتجاوز النائب حدود نيابته .
وانظر فى القضاء الفرنسى حكم محكمة استئناف ديجون فى ١٩ ماي سنة ١٩٣١

دالوز الأسبوعى ٤٠٥/١٩٣١ :

« Le mandataire qui ne fait pas connaître suffisamment ses pouvoirs aux tiers, est seulement tenu d'une obligation de faire qui n'est autre que celle du porte-fort, et dont l'exécution se résout seulement en dommages-intérêts, sans qu'il puisse être considéré comme une caution tenue de l'engagement qu'il prend au nom du tiers et qui ne saurait l'obliger que s'il s'y est personnellement soumis ». Dijon 19 mai 1931, D.H. 1931/405.

وهذا الحكم صريح فى اتخاذ فكرة التمهيد عن الغير أساسا لمسئولية النائب فى حالة جهل الغير بحدود النيابة . غير أن هذا اتجاه غير مستقر فى القضاء الفرنسى الذى يميل أغلبه على فكرة الخطأ كأساس لمسئولية النائب . انظر مكنة استئناف باريس ١١ يناير ١٩٢٨ دالوز الأسبوعى ٢٧٩/١٩٢٨ تليها الأخيرة .

(١) . انظر رواسيه : دروس الدكتوراه ص ١٨ .

الانجليزى والأمريكى مع ملاحظة ان مدى التعويض في هذين
الآخرين أوسع) والحكم الذى يترتب على تلك المسؤولية هو التزام
النائب بتعويض الغير عن الضرر الذى يصيبه على تفاوت في نطاق
هذا التعويض .

١٢٢ - على أن القانون المدنى الألماني قد انصرف دون سائر
التشريعات بأحكام خاصة في مسؤولية النائب عن تجاوزه حدود النيابة
وهي أحكام تستحق الثمنا خاصة لخروجها عن نطاق العرض المتقدم اذ
هى تمس في بعض صورها الى اعتبار النائب الذى يتعاقد بغير صفة
أو يتجاوز حدود نيابته ملتزما بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد الذى
أجراه مع الغير (١) .

وقد نظمت مسؤولية النائب عن تجاوز حدود النيابة أو التعاقد
بغير صفة المادة ١٧٩ من القانون المدنى الألماني ، ويمكن تبويب
أحكام القانون الألماني في هذا الصدد كالآتى :

فأولا - في حالة علم الغير بخروج النائب عن حدود الانابة
أو بانعدام صفته لا تترتب على النائب أية مسؤولية قبل هذا الغير
وذلك لانعدام حكمة مثل هذه المسؤولية في تلك الظروف . والقانون
الألماني يتفق في هذا مع سائر التشريعات كما أنه يسوى مثلها بين حالة
علم الغير فعلا وبين حالة افتراض علمه حتى أى حالة تشبه حله
عن خطأ منه كتقصيره في تحرى الحقيقة مثلا .

وثانيا - حالة جهل الغير بخروج النائب عن حدود نيابته أو

(١) في القانون الأمريكى كان عدد كبير من أحكام القضاء القديمة (التى يرجع
تاريخها الى النصف الاول من القرن التاسع عشر) يلوم النائب في أفعال هذه الحالات
بأحكام المثل بدل من الشخص الذى تعاقده النائب بلسببه بدون حيلة أو معارضا
حجود مكنته . ومع أن الظاهر أن الاتجاه السائد الآن في القانون الأمريكى هو تأسيس
مسؤولية النائب في تلك الحالات على فكرة الفصل عند تكوين العقد (انظر البند
١٢٠ المتقدم) إلا أن محاكم بعض الولايات لا تزال تلوم النائب بأحكام العقد التى يقده
مع الغير . انظر Machen, Section 323 وكذلك Person, Section 99

فإنه صفة في هذه الحالة تنقرر مسؤولية النائب ، وهنا يميز القانون الألماني - وهو يفرد بهذا التمييز - بين وضعين :

١ - علم النائب بأعدام صفة أو بتجاوزه حدود نيابته . وفي هذا الفرض تكون مسؤولية النائب في أوسع مداها إذ يلزم إما بتنفيذ العقد وإما بتعويض الضرر كاملا والخيار بين هذين الجزاءين متروك للغير المتعاقد مع النائب . وعلى هذا يكون التزام النائب (أو بالأحرى المتخذ صفة النائب) في هذه الحالة التزاما تخييريا مما نصت عليه المادة ٢٧٥ من القانون المدني المصري على أن الخيار فيه متروك للدائن (أي الغير المتعاقد) ذون المدين .

وبهذا الحكم يكاد يفرد القانون المدني الألماني عن سائر التشريعات إذ ليس منها ما يصل بجزاء مسؤولية النائب (أو المتخذ صفة النائب) إلى حد إلزامه بتنفيذ العقد (١) اللهم إلا القانون المدني الأرجنتيني الذي تحوى المادة ١٩٣٣ منه حكما مشابها لحكم المادة ١٧٩ من القانون المدني الألماني وكذلك قانون التجارة النمساوى في المادة ٥٥ منه .

على أن الغير المتعاقد متى استعمل خياره فليس له أن يرجع فيه ويترتب على ذلك أنه إذا اختار التعويض فإن مقداره يحدد على أساس نفاذ العقد على الأصيل فيحدد مبلغ التعويض بالنسبة إلى ما فات المتعاقد بسبب عدم قيام الأصيل بتنفيذ العقد . أما إذا اختار تنفيذ العقد بمعرفة النائب ثم نكل النائب عن القيام بهذا التنفيذ فإن التعويض الذي يستحق في هذه الحالة إنما يتحدد بالنظر إلى شخص النائب بحيث يكون مساويا للضرر الذي عاد على المتعاقد بسبب عدم قيام النائب (لا الأصيل) بتنفيذ العقد .

(١) وجدير بالذكر أن هذا الحكم ليس من مستحدثات التشريع الألماني الصادر سنة ١٩٠٠ بل أنه كان مضمنا في المادة ٥٥ من قانون التجارة البروسى . كما كانت تنص عليه المادة ٢ من قانون التجارة النمساوى الصادر سنة ١٨٦٢ والمضى الآن .

وجدير بالذكر هنا أن معيار تحقق المسؤولية بهذا التطلق الواسع هو مجرد علم النائب بأنه يتجاوز حدود نيابته أو بأنه منعدم الصفة في التعاقد باسم الأصل ، ولا محل بعد هذا للبحث عن حسن نية النائب أو سوء نيته فسيان أمام هذا الحكم النائب الذي يكون سيء النية والنائب الذي يقدم بحسن نية على تجاوز حدود أمانته مؤملا اجازة الأصل .

٢- جهل النائب بانعدام صفة أو بتجاوزه حدود نيابته . وفي هذا الغرض يكون جزاء مسؤولية النائب قاصرا على تعويض المصلحة السلبية دون التعويض الكامل عن عدم التنفيذ ، وهذا تطبيق لنظرية ايرنج التي سلكت الاشارة اليها وقد رأى واضعو القانون المدني الألماني بهذا الحكم تخفيف مسؤولية النائب الذي كان يجهل أنه تجاوز حدوده أو أنه منعدم الصفة ، تمييزا له عن النائب الذي يقدم على التعاقد وهو عالم بأنه تجاوز حدود أمانته أو بأنه لا صفة له أصلا .

وجماع أحكام القانون المدني الألماني في هذا الصدد في اعتبارين : علم الغير بالعيب الذي يشوب صفة النائب (سواء في أصل وجودها أو في نطاقها) ويترتب على هذا العلم انتفاء كل مسؤولية على النائب . وعلم النائب بالعيب الذي يشوب صفته ، ويترتب على وجودها هذا المنصر أو انتفائه اختلاف في مدى مسؤولية النائب وبالتالي في تقدير التعويض (١) .

(١) انظر في أحكام القانون المدني الألماني بخصوص مسؤولية النائب - صال : الترجمة الرسمية للقانون المدني الألماني - التعليق على المادة ١٧٩ ص ٢٢٨ وما بعدها . ويوبسكو دامنسيانو ص ٤٨٨ وما بعدها . ويلاحظ أن التقنين المدني الألماني لم يمد مطبقا في القلم جمهورية ألمانيا الديمقراطية (الشرقية) منذ يناير ١٩٧٦ فقد صدر التقنين المدني الجديد لألمانيا الديمقراطية في يوليو ١٩٧٥ ونصص المادة ٥٩ فقرة ٢ منه على مجرد الزام من انتحل صفة النائب أو تجاوز حدود أمانته بتعويض الغير : لذلك عن عدم نقاذ التصرفات التي أبرمها ، وبهذا أصبحت الأحكام المنصلة في المتن قاصرة. التطبيق على القلم جمهورية ألمانيا الاتحادية (الغربية) .

الفصل الثالث

الانابة الظاهرة

١٢٣ - تقدم لنا القول بأن مدى النيابة يتحدد بالنظر الى مصدرها ففى النيابة الارادية (الاتصاقية) تتمين حدود مكنة النائب بالنظر الى الانابة الصادرة من الأصل فما دخل فى تلك الحدود من أعمال النائب لزم الأصل آثاره وما خرج منها كان غير ملزم للأصل .

ثم عددنا من استثناءات هذه القاعدة حالة وجود ظروف من فعل الأصل من شأنها اعطاء الغير فكرة عن مدى النيابة أوسع من حقيقة الأمر فى الانابة وهذه هى الحالة التى يصح أن تسمى بالانابة الظاهرة وهى تستحق أن تفرد لها هذا الفصل نشرح فيه هذه النظرية التى أرسى قواعدها القضاء فى تطبيقات عديدة وفيها يتجلى أثر التفاعل بين القواعد القانونية وبين ضرورات الحياة العملية أو بين المنطق البحث وبين اعتبار حماية المعاملات •

ذلك أن نطاق النيابة لا يتحدد بالنسبة للغير المتعامل مع النائب بمجرد الألفاظ التى صيغت فيها الانابة - سواء كانت داخلية موجهة الى النائب ام خارجية موجهة الى الغير - بل أن للظروف التى تحيط بالانابة

واللضرورات التي تقتضيها المعاملات نصيبا في تحديد نطاق النيابة وعلى ضوءها بالإضافة الى صيغة الانابة يستطيع الغير أن يحدد نطاق سلطة النائب ويعين ما يدخل في مكنته وما لا يدخل من الأعمال القانونية .

وعلى ذلك نستطيع أن نقول مع الأستاذ ديموج أن النيابة تقوم — بحكم الضرورة العملية — « على الإرادة الظاهرة للأصيل أكثر من قيامها على إرادته الحقيقية أو على تعبيره عن تلك الإرادة وهذا ما يقتضيه ضمان سلامة المعاملات » (١) .

١٢٤ — وقد استقر القضاء الفرنسي في تطبيقات عديدة على هذه الفكرة منذ أواخر القرن الماضي (٢) وتكفي الإشارة الى بعض الأحكام بهذا المعنى وخاصة الحديث منها . فمن ذلك حكم النقض المدني الصادر في ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٥ (٣). مقرأ أنه « اذا كانت تمهيدات الوكيل خارج حدود الوكالة تلزم الموكل في بعض الأحيان امتثناء » « من حكم المادة ١٩٩٨ فقرة ثانية بلا حاجة الى أجازة منه فان ذلك » « مشروط بوجود غموض في عبارات الانابة أو وجود ظروف أخرى » « يمكن نسبتها الى خطأ الموكل ومن شأنها إيقاع الغير المتعامل مع » « الوكيل في غلط بخصوص طبيعة سلطة الوكيل أو مدى تلك السلطة » .

وحكم النقض الفرنسي الصادر في ١٢ نوفمبر ١٩٥٤ (٤) الذي قضى بأن الحدود الظاهرة لنطاق الوكالة في التأجير تشمل مناقشة

(١) ديموج — موسوعة الالتزامات ج ١ بند ١٠٢

« La représentation repose, par nécessité pratique, moins sur la volonté ou « la déclaration du représenté que sur la volonté apparente de celui-ci. La « sécurité dynamique l'exige ainsi ». Demogüe : Traité des obligations en général, t. I, No. 103.

(٢) أنظر الأحكام المشار إليها في بوبسكو — دانتسباوكر ص ٢٧٠ — ٢٧١ .

(٣) دالوز الأسبوعي ٨١/١٩٣٦ .

(٤) جازيت دي باليه ١١٣/١/١٩٥٥ ومشار إليه في المجلة ربع السنوية ١٩٥٥

ص ٣٣٦ — ٣٤٠ مع تعليق بقلم جان كلوديه تاول فيه وجوب الطريقة بين مجال =

وتعدد شروط عقد الإيجار وأهمها المدة وعلى ذلك فلا يجاب الموكل إلى رغبته في التحلل من عقد إيجار أيرمه وكيله مع مستأجر حسن النية لمدة تسع سنوات بمقولة أنه لم يرخص لوكيله قط في التأجير لمثل تلك المدة الطويلة .

وكذلك حكم محكمة استئناف باريس الصادر في ١١ يناير سنة ١٩٢٨ (١) الذي يقرر أن النيابة يتحقق حكمها برجوع آثار تصرف النائب إلى الأصل حتى لو كان ذلك التصرف خارج حدود الانابة كما صدرت من الأصل وذلك متى كان في غموض المبارات التي صيغت فيها الانابة أو في مسلك الأصل أو على العموم في خطأ منسوب إليه ما يعطى الغير فكرة خاطئة عن مدى سلطة النائب .

ومن تلك الأحكام أيضا حكم استئناف مونبلييه الصادر في ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٠ (٢) قاضيا بأن الأصل يلتزم بأعمال نائبه الخارجة عن حدود مكتبته الحقيقية وذلك متى كانت المكنة الظاهرية لمثل هذا النائب سببا في اقتناع الغير حسن النية بدخول تلك الأعمال في نطاق النيابة .

كما قضت المحكمة ذاتها في ٤ مايو سنة ١٩٤٩ (٣) — مطبقة مبدأ

« النيابة الظاهرة بالمعنى الدقيق وبين مجال تعدد الذي الحقيقي للانابة عن طريق تفسير ارادة الأصل :

« La Cour de Cassation... répond par la théorie du mandat apparent... non « sans l'habituelle équivoque... car on peut se demander s'il s'agissait bien de « faire produire effet en faveur des tiers de bonne foi à un dépassement de « pouvoirs — domaine propre du mandat apparent — et non pas simplement « de déterminer quelle avait été, dans les rapports entre mandant et mandataire, l'étendue réelle des pouvoirs conférés — question d'interprétation de « volonté. L'argumentation de l'arrêt est que le mandat de louer comprend « apparemment (tacitement) le mandat de discuter les clauses du bail et notamment d'en fixer la durée ». — Jean Carbomier dans la Rev. Trim. 1955, pp. 339-340.

(١) دالوز الأسبوعي ٢٧٩/١٩٢٨

(٢) دالوز الأسبوعي سنة ٢٥/١٩٣١ (ملخصات)

(٣) استئناف مونبلييه ٤ مايو سنة ١٩٤٩ — دالوز ٣٦/١٩٤٩ (ملخصات)

الانابة الظاهرة - بأن الموكل الذى يترك يده وكيله توكيلا على ياض لم يعد ذا موضوع يلتزم بما يجريه ذلك الوكيل من تصرفات يسمى بها استعمال ذلك التوكيل متى كانت تلك التصرفات حاصلة مع الغير حسن النية على أن الموكل لا يلتزم من تلك التصرفات الا بما يدخل فى حدود التوكيل اللهم الا أن يكون غموض عبارات التوكيل أو الظروف المنسوب الى الموكل مدعاة للغير الى الوقوع فى غلط بشأن مدى السلطة الممنوحة للوكيل .

وكذلك قررت محكمة استئناف باريس فى ٥ ديسمبر سنة ١٩٥٣ (١) أن الشركة التجارية التى تسمح لشخص من الغير بفشيان مقرها وبتلقي البريد والبضائع على عنوانها وباستعمال خاتم الشركة تكون قد وقعت فى تهاون خطير من شأنه اسباغ مظهر الوكالة على هذا الغير ومن ثم فتلتزم هذه الشركة بدفع ثمن بضاعة استلمها هذا الغير فى مقرها ولا يقبل منها انكار صفة الوكالة والقول بأن ذلك الشخص كان مجرد تزيل لديها لمدة وجوده فى مدينة باريس .

ومن أحكام القضاء الفرنسى التى أقرت مبدأ الانابة الظاهرة حكم محكمة استئناف دويه فى ٢٥ مارس سنة ١٩٥٤ (٢) وأن كانت المحكمة فى هذا الحكم لم تلزم صاحب الشأن آثار تصرف الشخص الذى ظهر بمظهر النائب وذلك بسبب خروج ذلك التصرف بطبيعته عن مدى الانابة الظاهرة التى توفرت فى واقعة الدعوى وقد أشارت المحكمة فى حكمها بوجه خاص الى أن صاحب الشأن لم يخلق مظاهر خداعة من شأنها إيقاع الغير فى غلط بصدد مدى الوكالة الحقيقية ومن ثم فلم تر المحكمة وجها

(١) دالوز الأسبوعى ٣٦٥/١٩٥٤

(٢) دالوز الأسبوعى ٤٤٤/١٩٥٤ . وانظر الإشارة الى الأحكام الحديثة للنظام

الفرنسى فى شأن الانابة الظاهرة فيما يتعلق حاشية منه ١٣٣ .

لالتزام صاحب الشأن آثار التصرف موضوع النزاع مع اقرار المحكمة
فى نفس الوقت مبدأ الاثابة الظاهرة متى توافرت شروطه .

ولم تخل أحكام القضاء البلجيكي من تطبيقات لمبدأ الاثابة
الظاهرة فقد سارت عليه محكمة استئناف جاند فى حكمها الصادر فى
٤ يناير سنة ١٩٥٤ (١) فى قضية هذه وقائعها :

اشترى شخص بضائع بواسطة أحد مندوبى التجار وكالعادة فى
المرات السابقة دفع الثمن الى ذلك المندوب الذى اختلسه هذه المرة
لنفسه فقام البائع برفع دعوى المطالبة بالثمن ودفع المشتري الدعوى
بسابقة سداده للثمن بين يدى المندوب فرد المدعى بأن ذلك المندوب
لم يكن مغولا اليه فى القبض واعطاء المخالصة .

واتهمت محكمة استئناف جاند الى اعتبار ذلك السداد مبرئاً
لذمة المدعى عليه وذلك بعد استعراضها بكل دقة الوقائع التى من شأنها
القول بأن البائع جعل المشتري يعتقد - أو تركه يعتقد - أن المندوب
مفوض فى القبض .

١٢٥ - وللقضاء المصرى كذلك تطبيقات لمبدأ الاثابة الظاهرة
جاء معظمها قبل أكتوبر سنة ١٩٤٩ فى أحكام المحاكم المختلطة منها حكم
الاستئناف المختلط الصادر فى ٦ يناير سنة ١٩٣٣ (٢) مقررأ أنه يستثنى
من قاعدة عدم التزام الموكل بأعمال الوكيل الخارجة عن حدود وكالته
حالة ما اذا كان الموكل قد خول الوكيل سلطات ظاهرية من شأنها إيقاع
التغير حسن النية فى غلط بخصوص مدى الوكالة وقد صدر هذا الحكم
فى قضية تلخص وقائعها فى أن شركة أجنبية قد آثابت عنها فى مصر
مدير فرعها فى هذه البلاد ووزعت فى السوق منشوراً يحمل نبأ هذه

(١) بازيكرى ١٦/٢/١٩٥٣ ومشار اليه فى المجلة دىج السنوية ١٩٥٤ ص ١٨٨

(٢) المجموعة المختلطة (البلقان) ١٠٥/٤٤ .

الانابة مع نموذج من توقيع مدير الفرع حين توقيع عن الشركة دون أن يحتوى المنشور أية إشارة الى حدود الانابة أو الى نطاق المكنة المخولة الى هذا النائب وعليه فقد اشترى النائب المذكور باسم الشركة بضائع من شركة أخرى وعند المطالبة بثمن البضائع رفضت الشركة الدفع بمقولة أن مدير فرعها في مصر لم يكن مخولاً له في الشراء باسمها وانما تقتصر نيابته على تصرف منتجات الشركة في مصر فقاضت الشركة البائعة الشركة التي اشترى فائدها البضائع باسمها وقد رأت محكمة الاستئناف المختلطة في هذه الوقائع انابة ظاهرة من الشركة الى مدير فرعها في مصر في كل ما يتصل بنشاطها وقررت المحكمة أن المنشور الصادر عن الشركة بالشكل الذي صدر به يجعل الغير في حق من قياس مكنة النائب بالمقاييس المعتادة التي يدخل فيها شراء البضاعة التي تتعامل فيها الشركة وأن اصدار ذلك المنشور بغير تقييد مكنة النائب فيه يوجد حالة انابة ظاهرة يتحقق معها أثر النيابة فترجع آثار تصرف النائب مع الغير الى الأصل رأساً بصرف النظر عن مدى مكنة النائب في الحقيقة .

وقد اضطرت أحكام القضاء المصري المختلط على هذا المبدأ فمن ذلك حكم الاستئناف الصادر في ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٢ (١) . وحكم الاستئناف الصادر في ١٧ أبريل سنة ١٩٣٥ (٢) وحكم الاستئناف الصادر في ١٧ مارس سنة ١٩٤٣ (٣) .

وبعد انتهاء أجل القضاء المختلط في ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٩ استمرت المحاكم المصرية في تطبيق مبدأ الانابة الظاهرة على الوجه

(١) المجموعة المختلطة (البلتان) ٤٧/٢٥ .

(٢) المجموعة المختلطة (البلتان) ٢٥٦/٤٧ والحملة ٨٠٨/٢٧٩/١٦ .

(٣) المجموعة المختلطة (البلتان) ٧٢/٥٥ .

المتقدم شرحه أذ قضت محكمة استئناف القاهرة في ٨ فبراير ١٩٥٥ (١)
بأنه :

« إذا كان الأصل أن العمل الذي يجريه الوكيل خارجاً عن حدود الوكالة »
« غير ملزم للموكل إلا إذا أقره ، إلا أن القضاء جرى على أنه إذا »
« كانت السلطات المخولة للوكيل بمقتضى عقد الوكالة هي سلطات »
« واسعة من شأنها وبطبيعتها أن تجعل الغير ممن يتعاملون معه يمتدنون »
« بحسن نية بدخول هذه الأعمال في نطاق وكالته فإن من حقهم أن »
« يعملوا على هذه المظاهر ودون أن يكلفوا بالتحقيق أولاً من مدى »
« سلطاته التوكيلية . »

كما حكمت محكمة الاسكندرية الابتدائية في ٢٦ فبراير سنة
١٩٥٥ (٢) بأن :

« المتعاملين مع الوكلاء يجب أن يحميهم القانون إذا ركنوا الى »
« المظاهر الخارجية التي يظهر فيها الوكيل أمام الناس ، ومصدر هذه »
« الحماية مؤسس على الثقة وحسن النية التي يجب أن تسود المعاملات »

وكذلك فإن حكم محكمة استئناف المنصورة الصادر في ٣٠ يناير
سنة ١٩٦٠ في القضية رقم ٤٣ تجارى لسنة ١٠ ق (غير منشور) قد
طبق مبدأ الانابة الظاهرة في قضية تلخص وقائعها في أن مندوب
احدى شركات الأقطان في الأرياف تعاقد مع مزارع على شراء محصوله
وحرر العقد بينهما على مطبوعات الشركة وعند مطالبة اياها بشمن
الأقطان أنكرت التعاقد وقررت أن المندوب إنما كان يشتري لحساب
نفسه لا لحساب الشركة فلم تأخذ المحكمة بهذا الدفاع وألزمت الشركة

(١) مجلة التشريع والقضاء السنة السابعة رقم ٣٢ ص ١٠٥ وما بعدها مع تعليق
للؤلف .

(٢) مجلة التشريع والقضاء السنة السابعة رقم ٥٠ ص ١٥٥ للحاماة السنة ٢٥
رقم ٨٨٢ ص ١٥٨١ وما بعدها - مع تعليق للؤلف .

أثار المقد على أساسين : ١ - مظهر النيابة المتمثل في تحرير العقد على مطبوعاتها وكذا في صلة ذلك المندوب بالشركة وهي صلة معروفة بين المزارعين . ٢ - حسن نية المتعاقد مع ذلك المندوب .

وأخيرا كرست محكمة النقض المصرية مبدأ النيابة الظاهرة في حكم لها صدر سنة ١٩٧١ (١) صاغت فيه المحكمة المبدأ في العبارات التالية :

« يشترط لاعتبار الوكيل الظاهر نائبا عن الموكل أن يكون المظهر الخارجي الذي أحدثه هذا الأخير خاطئا وأن يكون الغير الذي تعامل مع الوكيل الظاهر قد انخدع بمظهر الوكالة الخارجي دون أن يرتكب خطأ أو تقصيرا في استطلاع الحقيقة . وهذا لم يتحقق في خصوصية المنازعة المطروحة وذلك أن المدين الذي اتفق مع مدير الشركة المدعى عليها على إبرائه من جزء من الدين المستحق في ذمته لا يعتبر حسن النية لأنه كان يعلم أن هذا التصرف لا يملكه مجلس الإدارة بغير ترخيص من الجمعية العمومية للمساهمين وأنه لا يملك توكيل غيره في إجراءاته ، ومن ثم لا تكون موافقة المدير على قبول هذا الإبراء حجة على الشركة لانعدام ثباته عنها في الحقيقة والظاهر » .

وواضح من هذه الصيغة أن المحكمة أقامت مبدأ النيابة الظاهرة على عنصرين : عنصر موضوعي هو مظهر خارجي من خلق الأصل يوحى بوجود النيابة ، وعنصر شخصي هو حسن نية الغير مع انتفاء تقصيره في استطلاع الحقيقة .

١٢٦ - ويصح هنا أن تساءل عما اذا كانت هذه القاعدة التي استقرت عليها أحكام القضاء - حماية للغير حسن النية وتثبيتا لآركان

(١) نقض ٢١ يناير ١٩٧١ - مجموعة الكتب الفني ١٠١/١٨/٢٢ - ١٠٢ - وألغى
 قض ٣٠ نوفمبر ١٩٧١ - مجموعة الكتب الفني ٩٨٩/١٦١/٢٢ - نقض ٢٢ نوفمبر ١٩٧٥
 - مجموعة الكتب الفني ١٤٦٢/٢٧٥/٢٦ .

المعاملات - يقتصر أثرها على تجاوز حدود الاثابة أم يعتد ذلك الأمر الى حالة انعدام الاثابة أصلاً ؟ وبعبارة أخرى اذا كان مملك الأصل أو مؤدى الظروف المنسوبة اليه يبرر سحب حكم النياية على أعمال تخرج عن حدود الاثابة الحقيقية فهل يبرر ذلك المملك أو تلك الظروف أعمال أثر النياية بالزام الأصل آثار تصرف شخص ليس أصلاً نائباً عن ذلك الأصل ؟ (١) .

أصدرت الدائرة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية حكماً معروفا ذهبت فيه الى تطبيق فكرة الاثابة الظاهرة في واقعة كان أصل النياية فيها متنياً ، وهو الحكم الصادر في ٢٤ يوليو سنة ١٩٠١ (٢) في قضية تلخص ظروفها في أن إحدى شركات السكك الحديدية أخطرت المرسل اليه بوصول البضاعة ودعت الى الحضور لاستلامها فتقدم الى الشركة ابن المرسل اليه ومعه خطاب عليه توقيع والده الذي كان في

(١) يهنا هنا أن لنبيه الى وجوب عدم الخلط بين الاثابة الظاهرة وبين الاثابة الضمنية التي تكلفنا عليها ألفا بعد ٨٧ فالاثابة الضمنية تستند الى ارادة صادرة فعلاً من الأصل شأنها شأن الاثابة الظاهرة وليس الأمر فيها الا أمر اختلاف صورة التعبير عن الارادة ولذا فالمسألة التي تعرض لنا يصعد الاثابة الضمنية هي مسألة تفسير ارادة الأصل ، أما الاثابة الظاهرة فلا تستند الى ارادة الأصل بل مرجعها الى فكرة حماية الغير وضمان استقرار المعاملات بالنظر الى ظروف الحال بلا بحث عن ارادة الأصل بل على عكس هذه الارادة متى توفر مظهر النياية ، على أنه قد لا يمتنع أن يحدث تلازم بين الفكرتين في بعض الصور العملية أو أن تغلط بعض الأحكام القضائية بينهما في تسيبها لالتزام الأصل بآثار تصرف النائب . أنظر في هذا جانك ليوني : « الوكالة الظاهرة في علاقتها بالنظرية العامة للظاهر » بحث مذكور في المجلد ربع السنوية سنة ١٩٤٧ ص ٢٩٦

J. Léauté : « Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence », Rev. Trim. 1947, p. 296.

وأنظر في المجلد نفسها سنة ١٩٥٥ ص ٣٣٦ - ٣٤٠ تعليقاً بقلم جان كاربونييه . وأنظر كذلك بعضاً بقلم كريستين لازيرج في المجلد نفسها سنة ١٩٧٥ ص ٣٣٢ وما بعدها وخاصة ص ٣٣٧ - ٣٣٨ .

(٢) سريه ١٣٩/١/١٩٠٢ وأنظر تعليقاً على هذا الحكم للأستاذ ديوج في المجلد ربع السنوية ١٩٠٣ ص ٦٥٧ .

الواقع توقيعاً مزوراً • سلمت الشركة المضاعة الى هذا الابن على أنه نائب عن والده فأقرت محكمة النقض صحة هذا التسليم تأسيساً على الاثابة الظاهرة من الأب لأبنيه قائلة في أسبابها ان الشركة قد اعتمدت على المظاهر الدالة على وجود الاثابة وأنه ما كان للشركة في ظروف الحال أن تشك في صحة التوقيع أو في انعدام صفة الابن كنائب عن أبيه • وهكذا فإن محكمة النقض الفرنسية لم تنظر الا الى أمرين • وجود مظهر الاثابة وحسن نية الغير ، فأعملت قاعدة النيابة وقضت بـرجوع آثار العمل الى الأصل على أساس الاثابة الظاهرة •

وقد لقي هذا الحكم انتقاداً من بعض الشراح منهم الأستاذ ديموج في تعليقه الذي سلف الاشارة اليه في الحاشية ، ومهما يكن من أمر فهذا التطبيق لفكرة الاثابة الظاهرة تقتضيه حماية الغير بحسن النية وضمان استقرار المعاملات غير أن من الحق أن يقال ان المسألة في تطبيق هذه الفكرة الى حد الزام شخص تصرفات نائب مزيف فيه تضحية بمصالح هذا الشخص في سبيل حماية الغير وقد يتج عن هذا ظلم بين في بعض الأحيان •

ولعل الأوفق أن يقتصر تطبيق فكرة الاثابة الظاهرة في حالة انعدام النيابة أصلاً على الأوضاع التي تكون فيها الظروف الموهمة بوجود الاثابة من فعل الأصل أو أن يكون سكوته - مع علمه - قد أسهم في اقناع الغير بحسن النية بوجود الاثابة وهو مالا نجد في الواقعة التي قضت فيها محكمة النقض الفرنسية بحكمها المتقدم ذكره • على أن هذا الحكم أصبح الآن قديماً والأحكام الحديثة لمحكمته النقض الفرنسية ذاتها صريحة في اشتراط أن يكون مظهر الاثابة من خلق الأصل (١) •

(١) نقض مدني ٦ ديسمبر ١٩٦٧ - دالوز ١٩٦٨ ملخصات ٣٣ وانظر الأحكام الأخرى المشار إليها في حاشية البند ١٣٣ أدناه •

١٢٧ - ولقد تضمن مشروع تنقيح القانون المدني الفرنسي الذي أقرته اللجنة العامة سنة ١٩٤٨ النصوص التالية بشأن النيابة الظاهرة :

المادة ٢٥ فقرة ٤ « في حالة عدم الاقرار يلتزم من تصرف عن غيره بلا مكنة أو في خارج حدود المكنة بأن يعوض الضرر الذي سببه »
« للغير حسن النية الذي كانت له مصلحة في نقاذ التصرف » .
المادة ٢٦ « لا يجوز للأصيل أن يحتج بتقييد أو سحب أو انتهاء »
« مكنة النائب قبل من كان يجهل ذلك في الوقت الذي اكتسب فيه »
« حقوقا بواسطة النائب » .

وقد ثارت حول هذين النصين مناقشات طويلة في لجنة التنقيح إذ رأى بعض أعضائها ومنهم الأستاذ نبوايه أن نصوص المشروع لا تكفل للغير الحماية الواجبة لأن تلك الحماية لا يكفلها مجرد الزام النائب الظاهر بالتعويض فقد يكون ذلك النائب معصرا واذن فيؤدى نص المادة ٢٥/٤ الى تغليب مصلحة الأصيل على مصلحة الغير حسن النية وعلى اعتبار استقرار المعاملات ، ودافع الأستاذ نبوايه عن نظرية النيابة الظاهرة على أساس أن الأصيل في ذلك الوضع ينشئ مخاطره عليه هو أن يتحمل تبعاتها ولا يتحمل تلك التبعة الغير المتعامل مع النائب الظاهر (١) .

كما تعرضت مناقشات اللجنة عند نظر المادة ٢٦ (وهي المادة ٣٤ من المشروع التمهيدي) الى القضاء المستقر بشأن الانابة الظاهرة وهو القضاء الذي يتشدد مع الموكل الذي لا يوضح بجلاء حدود مكنة الوكيل فتلزمه لذلك كل تصرفاته في الحدود الظاهرة ، وقال أحد

(١). أعمال لجنة تنقيح القانون المدني (الفرنسي) - ٣ ص ٢٢٠ - ٢٢١ .

الأعضاء (الاستاذ مازو) أن نص المادة ٢٦ هو امتحان لهذا القضاء ولو أنه يخص بالذات حالة تنفيذ المكتبة وسحبها وانتهائها (١) .

والخلاصة أن مشروع تنقيح القانون المدني الفرنسي لم يقن كل أحكام القضاء الفرنسي المستقرة في شأن النيابة الظاهرة وإن صرح الأعمال التحضيرية بأن نصوص المشروع تكريس للقضاء القائم . وعلى هذا فيظل القضاء الفرنسي أوسع من نصوص مشروع التنقيح أما التقدير النهائي لتلك النصوص فمتروك لحين صدور التشريع بها وعلى ضوء ما سيتناولها به القضاء عند التطبيق والتفسير (٢) .

١٢٨ - هذا وقد حوى قانون الالتزامات السويسري في المادتين ٣٣٣ فقرة ثالثة و ٣٤ فقرة ثالثة (٣) نصوصا تنفذ اقرار هذا القانون لفكرة الانابة الظاهرة فقد نصت المادة ٣٣/٣ على أنه في حالة الانابة الخارجية يتحدد مدى النيابة على ضوء العبارات الموجهة الى الغير ، والفقهاء السويسري جاز على أن تبليغ الانابة ولو كان غير صحيح (لانعدام المكتبة في الحقيقة) هو الذي يحدد مدى مكنة النائب بالنسبة للغير (٤) .

(١) المرجع المذكور ص ٢٤٨ .

(٢) عدلت فرنسا من فكرة تنقيح قانونها المدني تنقيحا شاملا وحلت لجنة التنقيح سنة ١٩٦٥ فانفتحت بذلك امكانية صياغة مشروع اللجنة تنقيها وضحا وإن يفيده لأعمالها قبيلتها العملية التي لا شك فيها .

(٣) انظر نصها في ملحق الكتاب .

(٤) فون بوهر ص ٢٩٠ - ٢٩١ وانظر الحاشية رقم ٢٤ حيث يقرر المؤلف أنه هذا القاعدة لا تقتصر على مدى النيابة وإنما تنطبق أيضا في حالات الصلح النيابة أصلا . وانظر دي موسوس ص ٧١ وما بعدها حيث يقول المؤلف إن الأمر ليس متعلقا بصرف قانوني acte juridique بل بتبليغ communication وعلى هذا فمسلك الوصول أقرب عليه آثار النيابة المقررة في القانون ولو لم تنصرف ارادة الأميل الى أحداث تلك الآثار

« ne s'agit pas d'un acte juridique mais d'une communication. L'attitude « du représenté entraîne les effets de droit prévus par la loi, même si ceux-ci « n'ont pas été voulus ». De Saussure : L'acte juridique fait sans pouvoir de représentation, p. 72.

كما نصت المادة ٣٤/٣ على أن الأصل حتى أبلغ الغير اما بجارات صراحة واما بفصله وسلوكه وجود النية ومداهما فلا يستطيع الاحتجاج على الغير حسن النية باتهاء الانابة أو بتضييق حدودها الا اذا بلغ به ذلك الغير . وقد جرى قضاء المحكمة الفيدرالية السويسرية على تطبيق مبدأ الانابة الظاهرة ومن أحكامها في هذا الصدد الحكم الصادر في ٢ نوفمبر سنة ١٩٤٨ (١) قاضيا بأن الانابة ليست خاضعة لأي شكل وأنها قد تكون ضمنية حتى ولو كان الأصل ييتا من بيوت التجارة وعلى ذلك فقد ألزمت المحكمة صاحب الشأن بتصرفات موظف كان يزاول - اغتصابا - سلطات النائب القانوني للمحل وذلك بعلم الأصل الذي كان يتسامح في ذلك ، وقد اعتبر هذا الحكم تطبيقا لنظرية الثقة من مقتضاها تغليب مصلحة الغير حسن النية على مصلحة الأصل (٢) . ومن تطبيقات القضاء السويسري لمبدأ الانابة الظاهرة ما يلي (٣):

الحامي الذي يترك في مكتبه أثناء عطلة محاميا تحت التمرين ويسمح له باستعمال مطبوعات المكتب يعتبر أنه قد أنابه عنه نيابة ظاهرة

(١) مبررة أحكام المحكمة الفيدرالية ١٤٩/٢/٧٤ - A.T.F. 74, II, 249 - ومشار إليه في المجلة ربع السنوية سنة ١٩٥٠ ص ٢٢٦
Revue Trim., 1950, p. 246

« La délégation de pouvoirs n'est subordonnée à aucune forme. Une autorisation tacite n'est pas exclue, même de la part d'une maison de commerce. » Cette autorisation tacite a été admise par le Tribunal Fédéral dans le cas « où un patron tolérât l'usurpation par un employé des fonctions d'un représentant muni de pouvoirs. En effet, d'après la théorie dite de la confiance, c'est la protection des tiers de bonne foi qui doit prévaloir sur l'intérêt de l'employeur ».

(٢) النظرية المسماة بنظرية التلة ألام يتبينها الفقه السويسري وتعتبر متوسطة بين نظريتي الإرادة الماطنة والإرادة الظاهرة وتقتضيها بوجه عام الاعتراف بالإرادة على النحو الذي يستطيع أن يفهمها به الغير حسن النية في ضوء ظروف الحال بالنظر إلى الثقة الواجبة للمعاملات وتعتبر على هذا الوجه لونا من ألوان نظرية التعبير عن الإرادة. أنظر الدكتور أحمد زكي الشيشي « تكوين العقد وتفسيره في القانون المصري الجديد » مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٩ ص ١ - ٨٦ (بالفرنسية) وخاصة ص ٣٧ - ٤١ ويرى لذلك أن القانون المصري الجديد قد أخذ بهذه النظرية في صلبه لتفسير العقود .

(٣) هذه الأحكام مشار إليها في دي سوسور . المرجع ص ٧٢ - ٧٣ .

(مجموعة أحكام المحكمة الفيدرالية ١٧٥/٣/٥٣ وجريدة المحاكم
١٩٣٨/٢/٧٤). وكذا المحل التجلوى الذي يترك أحد الأشخاص
يسمح استثمار العقود الخاصة بالمحل (مجموعة المحكمة الفيدرالية
٢١٥/٢/٤٩) .

والشركة التي تقر بانتظام تصرفات أحد مديريها خارج نطاق
مكتة الحقيقة (مجموعة المحكمة الفيدرالية ١٣٨/٢/٥٠ وجريدة
المحاكم عام ١٩٢٤/١/٣٤٨) .

كما اعترفت المحكمة الفيدرالية بصفة النيابة الظاهرة لابن أحد
التجار الذي حضر في مكتب والده مفاوضات خاصة بعقد من العقود كما
حضر إبرام ذلك العقد (مجموعة المحكمة الفيدرالية ٢٨٤/٢/٣٣) .

١٢٩ - ويخلص الفقه السويسري من الأحكام القضائية الى أن
المادة ٣٣ فقرة ثالثة من قانون الالتزامات لا تحمي مجرد الثقة التي
يضعها الغير في النائب الظاهر اعتبارا وانما تحمي الثقة التي تبررها حالة
ظاهرها وجود الحق وتكون منسوبة الى الأصل (١) .

ويرى ذلك الفقه أن لقاعدة النيابة الظاهرة عنصرين شخصي
وموضوعي : فالعنصر الشخصي هو حسن نية الغير المتعامل مع النائب
الظاهر .

والعنصر الموضوعي هو وجود حالة من حالات حماية حسن النية
أي وجود مظهر خارجي يوحي بوجود النيابة ويكون منسوبا الى
الأصل (٢) .

وتوفر هذين العنصرين ، يؤدي الى حماية استقرار المعاملات مع

(١) دي سوسود . المرجع السابق ص ٧٣

(٢) دي سوسود . المرجع السابق ص ٧٩ - قرب حكم النقض نظري ٢١ يناير

١٩٧٢ للشار إليه في البند ١٢٥ ط ١

عدم المساس في نفس الوقت بمصالح الأصيل الجذرة بالحماية .
فالأصل أن الغير الذي يتعامل مع النائب هو الذي يتحمل تبعه انعدام
المكنة أو قصورها غير أن هذه التبعة تنتقل الى عاتق الأصيل كلما كان
للغير أن يركن الى مظهر من فعل الأصيل (١) مؤداه وجود النيابة أو
شمول مكنة النائب للتصرف المبرم مع الغير .

١٣٥ - وفي مصر نجد أن المادة ١٠٧ من القانون المدني تنص
على أنه « اذا كان النائب ومن تعاقد معه مجهلان معا وقت العقد انقضاء
النيابة فإن أثر العقد الذي يبرمه حقا كان أو التزاما يضاف الى الأصيل
أو خلفائه » (٢) وهذا النص العام جديد في التقنين المصري إذ لم يكن

(١) تحرم بعض الأحكام - وهو حرص في محله - على تحديد الوقائع المؤدية الى
القول بأن مظهر النيابة هو من فعل الأصيل أو يمكن أن ينسب اليه بحيث يتحمل نتائج
ومن ذلك حكم محكمة استئناف بروج ١٥ أكتوبر سنة ١٩٥٧ - دالوز الأسبوري
١٩٥٨ - ١٠٣ ، وقد أبرز هذا الحكم وجوب صدور المظهر الخارجي عن الأصيل أو امكان
نسبتها اليه كنتيجة لاحاله أو تسامحه ، وذلك إذ تقرر للحكمة أنه :
« لكي تلتزم الشركة بصرفات مديرها الخارجي عن حدود سلطته والتي قام بها لمصلحة
الشخصية يجب أن تنطوي تلك التصرفات على اسماة استئصال عنوان الشركة وأن تكون
معلومة للشركاء أو يقرروا أو يتسامحوا فيها .

وبالتالي فإن مدير أحد بنوك الودائع المتغلطة شكل شركة توصية بسيطة إذا أصدر
بترقية مبيعاتها مما يسمى bons de gestion لا يلزم البنك بذلك السندات
طالما أن ذلك المدير لم يستعمل اسم البنك وأن الشركاء لم يعلموا بأمرها ولم يقرروا
ولم يتسامحوا فيها ، فضلا عن أن تصرفات المدير هذه جاءت مغالطة لغرض الشركة وطبيعتها
حيث أن إصدار مثل تلك السندات ممتنع على بنوك الودائع » .

(٢) جرى القضاء المصري على تطبيق هذا الحكم قبل صدور القانون المدني الحالي
إعالة للمادة ٥٣٠ مدني قديم وذلك في حالات انقضاء الوكالة بسبب الوفاة . فمن ذلك
حكم محكمة استئناف مصر ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٢ للحاماة ٧١٥/٣٥٣/١٣ و ٧١٥/٣٥٣/١٣
التي يجريها الوكيل بعد وفاة الموكل بدون أن يعلم بوفاته تكون صحيحة وقانونية .
وتصرف الوكيل وهو لا يعلم بوفاته موكله ليس باطلا بطلانا مطلقا بل بطلانا نسبيا فلا
يحتاج به الا ورقة الموكل وفي وجه من عامل الوكيل بسوء نية » .

وكذا حكم محكمة بنى مسوف الابتدائية ٩ يناير سنة ١٩٣٦ - الحاماة
٢١/٢٢٦/١٦ والجمهورية الرسمية ٢١٤/٣٧ و مرجع عليه قضاء أنه وإن كانت الوكالة
تنتهي بوفاته للموكل الا أن أعمال الوكيل التي قام بها بغير علمه بوفاته الموكل تظل =

النيابة - ٢٧٣

القانون المدني القديم يحوى سوى نص المادة ٥٣٠ وحكمها خاص بالوكالة وقاصر على حالة انقضائها بموت الموكل أو بعزل الوكيل .

وهذا النص الرامى الى حماية الغير حسن النية يستوحى ولا شك الاعتبارات نفسها التى تقوم عليها النيابة الظاهرة وإن لم يكن تطبيقا لها لأن الفرض هنا أن النيابة وقد تحقق سبب انقضائها فإن القانون مع ذلك يبقيا ويعمل آثارها حماية لم تعاقده على أساس وجود النيابة ولم يكن يعلم بانقضائها وقد بينت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني أنه قد قصد من تقرير هذا الحكم الى توفير ما ينبغى للمعاملات من أسباب الثقة والاستقرار (١) وهو الاعتبار المنصور اليه في جميع حالات النيابة الظاهرة في كافة التشريعات (٢) .

= صحيحة « . ولكن هل كان القضاء فى ظل القانون القديم يطبق نفس القاعدة فى غير حالة الوكالة ؟

نصت محكمة النص فى دعوى ينطبق عليها القانون المدني القديم بأن حكم المادة ٥٣٠ خاص بالوكالة فلا يسرى على النيابة القانونية بحيث اذا كان المحجور عليه قد تولى قبل صدور قرار للمجلس الحسبى باعتماد صرف القيم فإن التصرف المذكور لا يقوم صحيحا ولو كان الغير المتعاقد مع القيم حسن النية بل ولو كانت الوفاة مجهولة وقت التصرف من جميع ذوى الشأن - وأخذ بهذا لبدأ تنصت للمحكمة حكم الاستئناف الذى كان قد قضى بصحة التصرف قياسا على المادة ٥٣٠ باعتبار أن القرامة نوع من الوكالة يسرى عليه حكم تلك المادة - أنظر حكم النقض أول مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض المدني - السنة الثانية - العدد الثانى رقم ٧٣ ص ٣٩٤ وما بعدها . وعندنا أن حكم النقض المذكور لا يتفق وغرورة استقرار المعاملات بينما أن حكم الاستئناف المنقوض كان أكثر تمسقا مع تلك المصلحة وهو الاتجاه الذى أخذ به المشرع فى القانون المدني الحالى إذ جاء نص المادة ١٠٧ عاما ينسحب على كافة أنواع النيابة من اتفاقية قانونية بحكم وروده فى صيغة عامة وبين موالى النيابة بوجه عام خلافا لنص المادة ٥٣٠ من القانون القديم التى وردت فى « لياح الخاص بمقد الوكالة » .

(١) للمذكرة الإيضاحية على المادة ١٦٠ من المشروع التى أصبحت المادة ١٠٧ من القانون (٢) النيابة فى هذه الصورة التى نصت عليها المادة ١٠٧ نيابة حقيقية وليست ظاهرة وذلك لأنها وجدت فعلا وكل ما هنالك أن القانون نص على تراضى انقضائها - رغم تحقيق الواقعة المنية لها - وذلك للحالات التى لا يعلم فيها ذوى الشأن (التشبيهاً بالغير المتعاقد معه) بتلك الواقعة فهى إذن نيابة حقيقية استمر قيامها بنص القانون لاعتبارات تماثل تلك التى يقوم عليها مبدأ الابانة الظاهرة . انظر السلطوى : الوسيط ٧ - - المجلد الأول - ص ٦٥٨ .

وقد حوت المذكرة الايضاحية فى تعليقاتها على المادة ١٦٠ من المشروع (المادة ١٠٧ من القانون) تطبيقا آخر أبلغ فى الدلالة على أخذ الشارع المصرى بالمبررات التى تستند اليها فكرة النيابة الظاهرة فقد جاء بها أنه اذا كانت النيابة ثابتة بالكتابة و «احتفظ النائب بسند نيابته بعد انقضاءها ، كان لمن تعاقد معه بناء على ثقته فى هذا السند حق التمسك بالنيابة ويستوى فى هذه الحالة أن يكون النائب عالما وقت التعاقد بانقضاء نيابته أو أن يكون جاهلا بهذه الواقعة . وتد روى فى تقرير هذه القاعدة ما هو ملحوظ من خطأ الأصل فى عدم سحب السند من النائب بعد انقضاء النيابة مباشرة » فهنا نجدنا أمام حالة لم يعد فيها للنيابة وجود فى الحقيقة ولكن ظرفا منسوبا الى خطأ الأصل (الاهمال فى سحب السند المثبت للانابة) دفع الغير الى الاعتقاد عن حسن نية بأن النيابة موجودة وعلى هذا فيتحقق حكم النيابة استنادا الى الانابة الظاهرة (١) .

١٣١ - ويحوى القانون الانجليزى فى نظامه المقابل للنيابة والمعروف باسم agency قواعد يمكن تقريبها من قواعد الانابة الظاهرة فى القوانين اللاتينية وغيرها مما تقدمت الاشارة اليه وهذه القواعد فى القانون الانجليزى ليست الا تطبيقا لقاعدة كلية من قواعد مؤداها أنه لا يقبل من الشخص قول يتنافى مع سابق سلوكه متى كان هذا السلوك دافعا للغير الى تغيير فى مركزه القانونى change in position - وهى يمكن أن تقابل بقول فقهاء الشريعة عندنا

(١) استئناف مختلط ٢٢ أبريل سنة ١٨٩٧ - البلائان ٢٨٦/٦ : « ان بقاء سند التوكيل بين يدي الوكيل حتى بعد عزله وعدم نقل الموكل أى سعى لسحبه منه يبيح للغير أن يفترض قيام الوكالة » . وفى واقعة الدوى التى صدر فيها هذا الحكم كان الموكل قد أنهى الوكالة باعلان على يد محضر وجهه الى كبير كتاب المحكمة ولم يثبت علم الغير به . كما ثبت للمحكمة استمرار قيام الوكيل بشتون الموكل حتى بعد عزله بالطريقة المذكورة ، أى أنه كان ظاهرا بظهور الوكيل .

« من سعى فى تقضى ما تم على يديه فسميه مردود عليه » - ولهذه
الكلية فى القانون الانجليزى تطبيقات عديدة منها حالة النيابة وتسمى
هذه القاعدة الكية فى اصطلاح القانون الانجليزى *estoppel* كما
يطلق على النيابة المبينة عليها اصطلاح *agency by estoppel*
وجدير بالذكر أن هذه القاعدة ليست من القواعد الموضوعية فى
القانون الانجليزى بل هى من قواعد الاجراءات المتعلقة بالاثبات
وتنطق فى ذلك القانون بوجه من ثلاثة وجوه :

١ - لا يقبل من شخص اثبات عكس ما يحتويه حكم قضائى
غائى ومن هذا الوجه تقابل قاعدة الـ *estoppel* قاعدة حجية الشيء
المقضى به فى القوانين اللاتينية *

٢ - ولا يقبل من شخص اثبات عكس ما يحتويه تعهد مكتوب
deed صادر منه *

٣ - وأخيرا لا يقبل من شخص اثبات عكس ما يستظهر من
سابق مسلكه وهذا الوجه هو أهم أوجه هذه القاعدة اذ يتفرع عنه
فى العمل الكثير من الأحكام ومنها النيابة الظاهرة فى الأحوال التى
يكون فيها مسلك الأصل مؤديا الى الاعتقاد بوجود النيابة (١) *

وعلى ذلك فتوجد النيابة الظاهرة فى القانون الانجليزى كلما
كان مسلك الشخص مدعاة للغير حسن النية الى الاعتقاد بأنه قد
أناب عنه شخصا آخر ففى هذه الحالة اذا تعامل هذا الغير مع ذلك

(١) انظر فى قاعدة الـ *Estoppel* فى القانون الانجليزى - دارجان : رسالة

جريتويل سنة ١٩٤٣

Dargent : Une théorie originale du droit anglais en matière de preuve : la doctrine de l'estoppel, Thèse, Grenoble, 1943.

النائب الظاهر فلا يقبل من صاحب الشأن أن ينكر علاقة النيابة لتنافي هذا القول مع سابق سلوكه (١) .

وينطبق هذا الحكم في حالات انعدام النيابة أصلاً في حقيقة الأمر ، كما ينطبق كذلك في حالات تجاوز النائب لحدود نيابته وإن كان انطباقه في حالات تجاوز حدود الانابة لا يبنى في التحقيق على مبدأ ال *estoppel* وإنما على فكرة المكنة الظاهرة وتغليب تلك المكنة الظاهرة على المكنة الحقيقية للنائب بالنسبة للغير حسن النية (٢) .

وإذن فالنيابة الظاهرة في القانون الانجليزي تشمل حالات تجاوز النائب حدود مكنته ويكون منها في هذه الحالة أن العبرة بالنسبة للغير حسن النية هي بالمكنة الظاهرة دون المكنة الحقيقية ،

Anson : « Principles of the Law of Contract and of Agency in its relation to Contract », Oxford 1920, p. 4033. — Bowstead : « A Digest of the Law of Agency », art. 9, page 21 : « Where any person, by words or conduct, represents or permits it to be represented that another person is his agent, he will not be permitted to deny the agency with respect to any third person dealing, on the faith of any such representation, with the person so held out as an agent, even if no agency exists in fact ».

« متى كان الشخص يلمظه أو يمسلكه قد أظهر شخصاً آخر يظهر النائب عنه أو تنافى عن ظهور ذلك الشخص الآخر بهذا المظهر ، فلا يقبل منه النكار النيابة قبل الغير للتعامل على أساس ذلك المظهر مع الشخص الظاهر كغائب ولو لم تكن هناك نيابة أصلاً في الحقيقة » . بوستيد : المرجع المذكور .

وانظر ستولجار ص ٢٠ - ٣٠ حيث يعتقد الاعتماد المبالغ فيه على قاعدة ال *estoppel* في تبرير الزام الأصيل بصرفات نائبه الظاهر . وانظر مثل ذلك الانتقاد في سيقى ص ٨٢ حاشية ٤٥ وص ١٨٤ .

(٢) بوستيد : المرجع المذكور ص ٢٧٠ - ٢٧١ :

« Every act done by an agent in the course of his employment on behalf of the principal, and within the apparent scope of his authority, binds the principal, unless the agent is in fact unauthorized to do the particular act, & the person dealing with him has notice that in doing such act he is exceeding his authority ». Bowstead : op. cit., pp. 270-271.

« كل تصرف للنائب في أثناء قيامه بمهمته لحساب الأصيل يدخل في نطاق مكنته الظاهرة ويربط الأصيل ما لم يكن النائب في حقيقة الأمر غير مخول له في ذلك التصرف للمين وكان الغير المتعامل معه عالماً بأن النائب إذ يجري التصرف المذكور يتجاوز حدود مكنته » . وانظر التطبيقات الصديدة الواردة في المرجع المذكور .

كما تشمل النياية الظاهرة في القانون الانجليزي حالات تكون فيها علاقة النياية منعدمة أصلا في حقيقة الواقع ولكن يكون مسلك صاحب الشأن مدعاة للغير الى الثقة بوجود الانابة وفي هذه الحالة يكون مبنى النياية الظاهرة القاعدة الكلية سالفة الذكر وهي أنه لا يقبل من أحد قول يتنافى مع سابق مسلكه (estoppel)

كما تنطبق هذه القاعدة بالطريق العكسى على الشخص الذى يتعامل دون أن يشير الى أنه نائب ثم يدعى النياية عن غيره في التصرف الذى أجراه فهنا لا يقبل منه هذا القول لتعارضه مع سابق تصرفه كصاحب شأن أصيل (١) •

هذا وان قاعدة الانابة الظاهرة على الوجه المتقدم مأخوذ بها كذلك فى القانون الأمريكى فهى قاعدة تنتظم الشرائع الانجلوسكسونية عموما (٢) •

ويقيم الفقه الأمريكى قاعدة الانابة الظاهرة على أسس ثلاثة :

١ - اعتقاد خاطئ من جانب الغير فى وجود الانابة أو دخول التصرف فى حدودها •

٢ - أن يكون المظهر الخاطئ للنياية من خلق الأصل بقوته أو فعله أو امتناعه •

(١) انظر مع ذلك أحكام الأصل المستتر فى القانون الانجليزي فيما يلى بند ١٥٤ •

(٢) انظر فى القانون الأمريكى
Restatement, 2nd (1958), Agency, Section 8 and 8 B.

• وينتقد جانب من الفقه الأمريكى تأسيس النياية الظاهرة على مبدأ الى apparent authority غير أن الرأى الاغلب هو تأسيسها على المبدأ المذكور • انظر المرجع السابق فى الموضع المذكور وبخاصة التعليق حرف على البند A : Section 8, Comment d وكذلك Mechem بند ٨٦ وما بعده و Person البند ١٤٣ - ١٥٥ •

٣ - حسن نية الغير في الاعتماد على ذلك المظهر الذى خلقه
الأصيل (١) .

١٣٢ - ونجد من جزئيات الأحكام فى الشريعة الفراء ما قد
يسوغ القول بأن الشريعة تقر فكرة الانابة الظاهرة وأن العبرة فيها
بظاهر مكنة النائب بالنسبة للغير حسن النية دون حقيقة تلك المكنة فى
واقع الأمر .

من ذلك قولهم فى وجوب ابلاغ انقضاء النيابة الى الغير .
« ان كان رب الدين وكله بمحضر من المطلوب (أى المدين) يبرأ
« بالدفع حتى يأتيه الخبر أنه قد أخرجه من الوكالة لأن توكيله إياه
« بمحضر من المطلوب أمر للمطلوب بالدفع اليه ثم الاخراج فعلى له
« عنه ذلك فبعد ما علم بالأمر لا يثبت حكم النهي فى حقه ما لم يعلم
« به » (٢) .

ومثل ذلك ماورد فى حاشية ابن عابدين « وكله بقبض الدين
« ملك عزله ان بغير حضرة المديون وان وكله بحضرته لا لتعلق
« حقه به كما مر الا اذا علم به (بالعزل) المديون فحينئذ ينزل ثم
« فرع بقوله دفع المديون دينه اليه أى الوكيل قبل علمه أى المديون
« بعزله يبرأ وبعبء لا لدفعه الى غير وكيل » (٣) .

وعند غير الحنفية تجد الحكم الجزئى عنه معللا بمنع

(١) كروىل بند ٦ و ٢٤ و ٥٧ الى ٦٢ .

(٢) المبسوط ج ١٩ ص ٦٩ .

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٤ ٤٣٤ (بولاق سنة ١٣٢٥) .

(٤) للفتى ج ٥ ص ٢٤٢ (مصر سنة ١٣٤٧) .

« والرواية الثانية من أحمد لا ينزل قبل علمه بموت لوكيل وعزله نص عليه فى
رواية جعفر بن محمد لأنه لو انزل قبل علمه كان فيه ضرر لأنه قد يتصرف تصرفات
تقتضى باطلة وربما باع الجارية فيطأها المشتري أو الطعام فيأكله أو غير ذلك فيتصرف
فيه المشتري ويجب ضمانه ويظن « للمشتري والوكيل » .

الضرر (٤) • وهى علة اذا أطلقناها جاز أن يبنى عليها جميع حالات النيابة الظاهرة المعروفة فى القوانين الحديثة كما تقدم لنا بيانه •

١٣٢ مكرر - وقد انقرد قانون الوكالة السودانى الصادر سنة ١٩٧٤ - من بين قوانين الدولة العربية - بإيراد نص تشريعى صريح على مبدأ الانابة الظاهرة وذلك اذ تنص المادة ١١ منه على أنه « تكون السلطة ظاهرة اذا خلق الأصل بقوله أو بسلوكه مظهرا أو سمح بخلق مظهر يفهم منه أن لشخص ما السلطة فى العمل نيابة عنه ولم تكن لذلك الشخص سلطة وتعامل الطرف الآخر مع ذلك الشخص بصفته وكىلا اعتمادا على ذلك المظهر » • ولفظ السلطة يستعمله قانون الوكالة السودانى بمعنى مكنة الوكيل أو صفته فى التصرف لحساب الموكل وقد تقدم له تعريف ذلك اللفظ فى المادة الثالثة فقرة ٢ منه كالآتى : تسمى قدرة الوكيل فى التأثير على علاقة الأصل القانونية مع الأطراف الأخرى « السلطة » •

١٣٣ - وقد بحث عديد من الشراح الأساس القانونى لالتزام الأصل تصرف النائب الظاهر محاولين ادخال هذا الوضع ضمن نظام من النظم القانونية المعهودة فبعضهم اذ وجد الأصل ملزما بآثار تصرف النائب الظاهر من غير أن تكون هناك اناة صادرة من الأصل أراد أن يسند هذه النتيجة الى المسئولية التقصيرية باعتبار أن مثل هذا الأصل مرتكب لخطأ شخصى (يتمثل فى ايجاد الظروف التى أوهمت الغير بقيام النيابة) ف يلتزم اذن بتعويض الغير عن الضرر الذى أصابه ويكون التعويض عينيا بالزام الأصل بتتأج تصرف النائب الظاهر (١) •

(١) ينظر تفصيل هذا الرأى فى جبر : « الظاهر كمصدر للمسئولية » وسائل من باريس سنة ١٩٣٧ ص ١٢٠ - مضار اليه فى بحث ليوتى عن الوكالة الظاهرة المنشور بالمجلة ربع السنوية سنة ١٩٤٧ ص ٣٠٠ •

ولقد يمكن أن يقال أن أغلبية أحكام القضاء كانت تنحاز ضمنا لهذا الرأي في الأساس القانوني لالتزام الأصل بتصرف النائب الظاهر وذلك اذ تشير الأحكام الى « الظروف التي يمكن نسبتها الى خطأ الأصل » أو الى « مسلك الأصل وخطئه » باعتبارها منشئة لمظهر النيابة بالنسبة للغير حسن النية ، على أننا لا نعتقد أن الأحكام الكثيرة التي استعملت هذه التعبيرات كانت تقصد اتخاذ المسؤولية التقصيرية أساسا لالتزام الأصل فهي انما كانت تقرر القاعدة دون بحث عن تبررها الفقهى (١) •

هذا الى أن أصلت محكمة النقض الفرنسية بدوائرها المدنية المجتمع في حكم صادر في ١٣ ديسمبر سنة ١٩٦٢ (٢) أساس نفاذ

(١) انظر تطبيق المؤلف على حكم استئناف القاهرة ٨ فبراير ١٩٥٥ (التشريع القضاء ١٠٥/٢٢/٧) المشار اليه آنفا بند ١٢٥ فقد أشار الحكم المذكور الى حق الغير « أن يدعوا نفاذ مثل هذا التصرف في حق الموكل أو بالأقل اعتبار هذا الأمر مسئولاً عن خطأ وكيله الذي اختاره لينوب عنه في معاملته مع الغير » - وقد أشرنا في التعليق المذكور الى ما في اتخاذ المسؤولية التقصيرية (سواء عن الخطأ الشخصي أو عن خطأ الغير) أساسا لنفاذ التصرف في حق الأصل من خلط بين مجال الوقائع القانونية ومجال التصرفات القانونية ، فضلا عن أن جزاء المسؤولية التقصيرية هو تويض الضرر إما نفاذ التصرف بملقضى مبدأ الإنابة الظاهرة فيشمل كافة آثار التصرف حولا كانت أم التزامات ومنع هذه الآثار هو تصرف النائب الذي أجراه مع الغير وليس خطأ الأصل أو خطأ النائب - هذا ويلاحظ ما يؤدي اليه اتخاذ المسؤولية التقصيرية أساسا لالتزام الأصل بأثار تصرف النائب الظاهر من نتائج تجافي حكمة تقرير مبدأ النيابة الظاهرة وأول هذه النتائج إيقاع صبه اليات الخطأ على مائق الغير المتعامل مع النائب وهو صبه قد ينوه به هذا الغير المقصود بالحماية في كثير من الأحيان •

وانظر كذلك انتقاد تأسيس الإنابة الظاهرة على المسؤولية التقصيرية : كالبه - أولوا ، رسالة من مونتلبية سنة ١٩٥٩ •
Calsin-Arlov : Essai sur la notion d'apparence en droit commercial, Thèse, Montpellier, 1959, pp. 57 et 58.

Cass. Ass. Plén. Civ., 13 déc. 1962, Bull. 1962, No. 2, p. 3. (٢)

وقد جاء في حيثيات هذا الحكم ما يلي :

Attendu que, selon le moyen, le mandat apparent suppose une fautive imputable au prétendu mandant et se trouvant à la base de l'erreur du tiers...

Mais attendu... que le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent, même en l'absence d'une fautive susceptible de lui être repro-

تصرف النائب الظاهر في حق الأصيل. وذلك اذ أرجعته الى قيام الحالة الظاهرة دون حاجة الى أى خطأ يمكن نسبته الى الأصيل وبهذا الحكم الهام جعلت المحكمة العليا الفرنسية الظاهر مصدرا للابنية في ذاته وبصرف النظر عن خطأ الأصيل وذلك بشرط أن يكون لانتداع الغير بهذا الظاهر ما يبرره أو بعبارة المحكمة « بشرط أن تكون العقيدة التي كونها الغير عن مدى سلطات الوكيل مشروعة بمعنى أن يكون في ظروف الحال ما يسمح للغير بعدم التحري عن الحدود الصحيحة لهذه السلطات » ، وكون الغلط الذي وقع فيه الغير « مشروعا » بهذا المعنى هو مسألة تقديرية ترجع الى ظروف كل حالة على حدها .

ché, si la croyance du tiers à l'existence des pouvoirs du mandataire est légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ces pouvoirs.

والحكم منشور كذلك في دالوز ٧٧/١٩٦٢ مع تعليق بقلم Calais-Auloy
وانظر تعليقا آخر على هذا الحكم في المجلة ربع السنوية ١٩٦٢ ص ٥٧٢ - ٥٧٤ بقلم كورنو Cornu

وقد توالى صدور أحكام جديدة من محكمة النقض الفرنسية تطبيقا لمبدأ النيابة الظاهرة هذه أهم تلك الأحكام :

مدني ٤ يناير ١٩٦٥ - دالوز ٢١٨/١٩٦٥ ، مدني ٣٠ مارس ١٩٦٥ - دالوز ٥٥٩/١٩٦٥ ، مدني ٣٠ نوفمبر ١٩٦٥ - دالوز ٤٤٩/١٩٦٦ مع تعليق بقلم كاليه - أولوا ، تجاري ٢٩ مارس ١٩٦٦ و ٢٥ مايو ١٩٦٧ J.C.P. ١٥٣١٠/١٩٦٧ مدني ١٣ يونيو ١٩٦٧ - J.C.P. ١٥٢١٧/١٩٦٧ (انظر تعليقا على الأحكام الثلاثة الأخيرة بقلم جيرار كورنو في المجلة ربع السنوية ١٩٦٨ ص ١٦٩ - ١٧٠ ، مدني ٦ ديسمبر ١٩٦٧ دالوز ١٩٦٨/ملخصات/٤٣ ، تجاري ٢١ فبراير ١٩٦٨ - مجموعة أحكام النقض ١٩٦٨/٢٢٤/٣/١٩٦٨ ، مدني ٢٢ مايو ١٩٦٨ - مجموعة أحكام النقض ١٩٦٨/ملخصات/٧٨ وهذا الحكم الأخير أثبت صفة النائب الظاهر عن مالك العصابة لبوابها الذي ظل لسنوات عديدة يوقع على عقود الايجار وعلى ايصالات الأجرة ، مدني ٢٩ إبريل ١٩٦٩ دالوز ١٩٧٠/قضاء/٢٣ مع تعليق بقلم كاليه أولوا ، مدني ٥ يناير ١٩٧٠ - دالوز ١٩٧٠/ملخصات/٤٥ ، مدني ٤ مارس ١٩٧١ دالوز ١٩٧١/ملخصات/١٥٠ ، مدني ١٤ ديسمبر ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض ١٩٧١/٤٠٣/١ مشار اليه أيضا في المجلة ربع السنوية ١٩٧٧ ص ٥٧٠ مع تعليق بقلم كورنو ، مدني ١٥ ديسمبر ١٩٧٧ - دالوز D. 1977, Inf. rep. 163.

وهذا التقدير من اطلاقات قضاة الموضوع لا تعقيب عليه لمحكمة النقض ، وبهذا المعنى قضت محكمة النقض الفرنسية بأن « لقضاة الموضوع بما لهم من سلطة تقديرية أن يقرروا ما اذا كان يخلص من ظروف الدعوى أن الغير كان محققا في اعتقاده بأن الوكيل كان يتصرف في حدود وكالته » (١) .

وشهد الفقه محاولات أخرى لاقامة أساس التزام الأصيل بتصرف النائب الظاهر على فكرة استقرار المعاملات (٢) أو على فكرة المخاطر على أساس أن الأصيل وهو الذي يستفيد من نشاط النائب الظاهر عليه أن يحتل مغارم ذلك النشاط (٣) .

ورأى فقيه فرنسي تعرض لبحث مسألة الأساس القانوني لالتزام الأصيل في النيابة الظاهرة ، هو جاك ليوتي ، أن ذلك الالتزام يأتي بتصرف النائب الظاهر هو صورة من صور المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير (٤) قد تكون أحيانا مسؤولية المتبوع عن فعل التابع اذا توفرت في النائب الظاهر صفة التبعية كما قد تكون في غير هذه الأحوال صورة خاصة من المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير بمعنى عام (٥) .

وهذا الرأي الأخير يتجه اليه النقد من جهة اقتصراره على جانب واحد من جانبي النيابة الظاهرة هو جانب تجاوز النائب حدود نيابته وذلك باعتراف صاحبه الذي يقرر أنه لا يتعرض للأحوال التي تكون

(١) نطق مدني فرنسي ٣ أكتوبر ١٩٦٨ - مجموعة أحكام النقض ٣٦١/٣/١٩٦٨ . ٢٧٧ .

(٢) ديموج أشار اليه في بحثه ليوتي سالف الذكر ص ٣٠٢ - وعنه الفكرة هي في الحق دكاژ النيابة للظاهرة .

(٣) أنظر ليوتي : المرجع السابق الموضع المذكور .

(٤) مجال هذا الرأي قلص على حالات تجاوز النائب حدود نيابته دون حالات النيابة الظاهرة التي تكون فيها الالاباة منطحة أصلا .

(٥) المرجع السابق ص ٣٠٣ وما بعدها .

فيها الانابة منعقدة أصلا (١) وبذلك يفقد هذا الرأي صفة العموم
فيفقد - بقدر اقتصاره على جانب دون آخر من جوانب الموضوع -
شيئا من قيمته النظرية .

وأخيرا نجد أن الأساتذة مازو يجعلون للنياية الظاهرة أساسا
ذا شقين ففي حالة وجود خطأ ارتكبه الأصيل سواء في اختبار نأيه
أو في خلق مظهر خداع للغير تقوم النياية الظاهرة على أساس المسؤولية
التقصيرية ، وأما في حالة انتفاء الخطأ فأساس تلك النياية عندهم هو
المبدأ القائل ان « الغلط الشائع قانون » ترتيبا على أن ما وقع فيه
الغير من غلط بشأن وجود النياية أو مداها كان حتميا لا يمكن تجنبه
وبالتالي فالغير أن يتمسك بالمظهر الذي أوقعه في مثل ذلك الغلط (٢)

وواضح أن مثل هذا التارجح بين أساسين في مختلف حالات
النياية الظاهرة تضيق معه وحدة ذلك النظام الذي يتطلب تبريرا قانونيا
موحدا ، فضلا عما يتعرض له أول هذين الأساسين في حد ذاته من
انتقادات تقدمت الإشارة الى أهمها .

هذا وان الآراء المتقدمة جميعا ترجع - أول ما ترجع - الى
الميل الطبيعي لادخال كل ظاهرة جديدة في نطاق نظام من النظم
المعروفة ، ولا نجد لها على ذلك واقية بالعرض ولا كاشفة عن جديد
بشأن النياية الظاهرة وخاصة تلك الآراء التي مؤداها الخلط بين ميدان
المسؤولية التقصيرية بأنواعها وميدان الالتزامات التعاقدية .

ومما يستلفت النظر في هذا الصدد أن الخلاف النظرى حول
الأساس القانونى للنياية الظاهرة قد اقتصر على فقهاء القوانين اللاتينية

(١) المرجع السابق ص ٣٠٦ حاشية ٣ .

(٢) هنرى وليون وجان مازو : مدوس القانون المدني ، الجزء الثاني ، باريس
١٩٦٦ بنة ١٥١ .

وخاصة القانون الفرنسي بينما لا نجد لهذا الخلاف أثرا في الفقه الانجليزي وعلّة ذلك تنضج من مقارنة القانون الانجليزي بالقوانين اللاتينية في أحكامها المتعلقة بالنيابة الظاهرة . إذ أن النيابة الظاهرة في القانون الانجليزي هي كما سبق القول (١) تطبيق من تطبيقات قاعدة كلية من قواعد الاجراءات المتعلقة بالاثبات مؤداها أنه لا يقبل من أحد اثبات عكس ما يستظهر من سابق مسلكه . وعلى هذا الوجه وعن طريق قاعدة اجرائية يحل القانون الانجليزي مشكلة النيابة انظاهرة فلا تقوم الحاجة الى البحث عن الأساس النظري لتلك النيابة: أهو المسؤولية التقصيرية أم مبدأ تحمل التبعة أم غير ذلك مما اختلفت حوله الآراء في الفقه الفرنسي .

١٣٤ - ولعل الأقرب الى الصواب أن يقال ان الربط بين آثار تعبير النائب الظاهر عن ارادته وبين ذمة الأصيل راجع الى قاعدة قانونية (أرساها القضاء ولها تطبيقات في بعض النصوص التشريعية) وهذه القاعدة القانونية تحل في ايجاد تلك الرابطة محل ارادة الأصيل في الانابة الحقيقية وذلك تغلبا لاستقرار التعامل وحياطة لمصلحة الغير حسن النية على الوجه الذي يقتضيه توفر الثقة في المعاملات (٢)

(١) ألفا بند ١٣١ .

(٢) انظر في اعتبار النيابة الظاهرة نيابة قانونية السنيهورى في « الوسيط »

ج ٧ المجلد الأول بند ٣٠٨ نهاية ص ٦١٦ .

وانظر ميد الباسط جيمس : نظرية الأوضاع الظاهرة ، « لقاهرة ١٩٥٦ ص ٢٢٢ - ٢٢٣ حيث يعتبر أساس الانابة الظاهرة قيام مظهر الوكالة من الناحية الواقعية ولم مخالفة ذلك للحقيقة (بحث) ينبغي أن تتولد عنه بالنسبة الى الغير الحسن النية نفس الآثار التي كانت تتولد عن الوكالة الحقيقية اذا كان هذا المظهر من الجسامة بحيث لا يتسنى للغير أن يعلم بعدم مطابقتها للحقيقة » . « غير أن المؤلف لا يبرر ضرورة أن يكون مظهر النيابة من خلق الأصيل أو ممكنا أن ينسب اليه ، بل هو يرى أن شرط النيابة الظاهرة هما حسن نية الغير وانتهاء الضلّا من جانبه . انظر بالمعنى نفسه بحثه عن « الوكالة الظاهرة » في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، السنة الخامسة (١٩٦٤ - ٢٢٨ - ٢٢٩ » .

وتترتب على اقامة قاعدة الانابة الظاهرة على أساس حماية حسن نية الغير نتيجة هامة من حيث مدى تلك الانابة ، ذلك أن الانابة الظاهرة اذ تنتج عن ظروف الحال وعن مسلك الأصيل انما تكون في الاصل غير محدودة المدى بل تعم جميع التصرفات التي يصح أن تشملها الحالة الظاهرية الموحية بوجود النيابة ، وانما يتحدد مدى الانابة الظاهرة بحسن نية الغير المتعامل مع النائب فلا ينصرف أثر التصرف الى الأصيل متى كان الغير عالما بانعدام النيابة في الحقيقة أو كان من المفروض حتما أن يعلم بذلك - ولا عبرة بكون ذلك التصرف حسب نوعه مما يدخل في الحدود الظاهرية لمكنة النائب الظاهر . فنطاق الانابة الظاهرة يتحدد بمدى حسن نية الغير لا بما يصح استنتاجه من المظهر الذي خلقه الأصيل وحسن النية ينتهي لدى الغير متى علم بعدم وجود الانابة أو كان عليه أن يعلم بذلك ، غير أن التحرر عن حقيقة الواقع ليس واجبا على الغير الا اذا كانت هناك ظروف من شأنها أن تبعث على الريبة في الانابة بمعنى أن لا يفترض في الغير أنه يعلم حتما بانعدام النيابة الا اذا كانت هناك ظروف مريبة وقصر هو مع ذلك في تحرر الحقيقة (١) .

١٣٥ - وقبل أن نختم الكلام عن الانابة الظاهرة نرى أن نربط بينها وبين ما تقدم لنا في القسم الأول من هذه الدراسة من عرض النظريات المختلفة في تفسير النيابة لنجد أن قاعدة الانابة الظاهرة كما استقرت في الفقه وسار عليها القضاء وكما تتجلى في بعض النصوص التشريعية ، تسند النظرية التي اخترناها وهي القائمة

(١) انظر دي سوسود من ٩٨

De Saussure : «L'acte juridique fait sans pouvoir de représentations», pp. 98 et 78-79.

وأيضا من ٧٨ - ٧٩ حيث يضرب المؤلف مثلا للظروف التي توجب على الغير تحرر الحقيقة قدم تاريخ التوكيل المكتوب وترك النائب الظاهر لتدبير الأصيل .

على إرادة النائب دون نظرية إرادة الأصل ودون نظرية اشتراك الارادتين .

ففي حالات الانابة الظاهرة جميعها - سواء ما انتفت فيه الانابة أصلا أو ما كان تجاوزا من النائب لحدود انابته - نجد أن إرادة الأصل في التصرف الذي قام به النائب الظاهر منعقدة بطبيعة الحال ما دام أن انابة لم تصدر قط عن الأصل في أحد الفرضين وما دام الأصل لم يدخل ذلك التصرف في نطاق الانابة على الفرض الثاني .

أما عن اشتراك الارادتين - إرادة النائب مع إرادة الأصل - في انشاء التصرف القانوني الحاصل بطريق النيابة ، فهذا الاشتراك متفق كذلك في جميع حالات الانابة الظاهرة ولنفس السبب إذ لا يتصور اشتراك إرادة الأصل في إبرام تصرف لم يخول للنائب في إبرامه أصلا سواء لاتفاء الانابة كلية أو لخروج ذلك التصرف عن نطاق الانابة .

اذن فلا يسوغ في حالات الانابة الظاهرة اسناد التصرف الحاصل بطريق النيابة الى إرادة الأصل ولا القول بأن ذلك التصرف قائم على اشتراك ارادتي الأصل والنائب .

والنظرية الوحيدة التي تنطبق على هذه الحالات هي التي تسند التصرف الحاصل بطريق النيابة الى إرادة النائب وحده على ما وفيناه شرحا فيما تقدم من هذا الكتاب (١) فارادة النائب تبرم التصرف وتحدد مدهم والقاعدة القانونية توقع آثار ذلك التصرف في ذمة الأصل اما بحكم الانابة (في حالات النيابة الاتفاقية) واما بحكم القانون (في حالات النيابة القانونية) وتلتحق بها حالات النيابة الظاهرة .

(١) أنظر أيضا بند ٤٣ وما بعده وبند ٦٥ وما بعده .

الباب الثاني

في أثر النيابة

١٣٦. - متى أبرم النائب في حدود نيابته تصرفاً قانونياً باسم الأصل فإن آثار ذلك التصرف تلتحق - بحكم النيابة - بالأصل مباشرة فتشغل ذمته بما ينتج عن ذلك التصرف من التزامات كما يضاف إليها ما ينشأ عنه من حقوق . وفي هذا الأثر تنجلي القيمة العملية لنظام النيابة - بمختلف تطبيقاته المتعددة في القانون - فالنيابة تسمح للشخص بأن يجنى مباشرة النتائج الاقتصادية لتصرفات قانونية لم يبرمها هو وإنما قام بها شخص آخر أحل ارادته محل ارادة صاحب الشأن أما برضاء هذا الأخير أو بحكم القانون .

وقد نص القانون المدني المصري على أثر النيابة في المادة ١٠٥ بقوله : « إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف الى الأصل » (١)

(١) تقابل المادة ١٠٥ مدني مصرى المادة ١٠٦ مدني سوري والمادة ٦٤٢ مدني عراقي والمادة ١١٢ مدني أردني والمادة ١٠٥ مدني ليبي والمادة ٣٢ من قانون الوكالة السوداني والفصل ١١٤٩ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية والمادة ٧٤ مدني جزائري ، وقد خلا هذين الموجبات والمقود اللبناني من نص مقابل غير أن هذا الحكم لا يخرج عما تقتضيه التواعد العامة .

كما عقيت المادة ١٠٦ بقولها: « اذا لم يعلن النائب وقت ابرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا فان أثر العقد لا يضاف الى الأصل دائما أو مدينا الا اذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل الأصل أو النائب» (١) وعلى هذا فتحقق أثر النيابة باضافة ما ينشأ عن تصرف النائب من حقوق والتزامات الى الأصل مباشرة رهن بعلم الغير المتعاقد مع النائب بوجود النيابة علما حقيقيا أو مفترضا (٢)

ومستكلم أولا على العلم بالنيابة ثم تتناول في فصول ثلاثة أثر النيابة بالنسبة للأشخاص الثلاثة الذين يتناولهم تصرف النائب وهم الأصل والنائب والغير .

١٣٧ - النيابة لا تنتج أثرها بانشاء العلاقة القانونية المباشرة بين الأصل والغير المتعاقد معه النائب الا اذا كان قصد كل من النائب والغير - وهما المنشئان للعقد بتلاقى ارادتهما - قد انصرف الى اتاج ذلك الأمر .

ولا يتصور انصراف قصد كل من النائب والغير الى ذلك الا أن يكون العلم بوجود النيابة مشتركا بينهما والصورة المثلى للاشتراك في العلم بالنيابة هي أن يعلن النائب عند التعاقد أنه يتعاقد بصفته نائبا عن الأصل .

(١) وتقابلها في القانون المدني السوري المادة ١٠٧ وفي القانون المدني العراقي المادة ٩٤٣ وفي القانون المدني الليبي المادة ١٠٧ وفي قانون الوكالة السوداني المادة ٣٣ وفي القانون المدني الجزائري المادة ٧٥ وفي قانون الموجبات والعقود اللبنانيين للمادتان ٢٢٣ و ٢٢٤ وفي مجلة الالتزامات والعقود التونسية الفصل ١١٤٨ أما المادة ١١٣ مدني أردني فهي تفرق في مثل الحالة بين حكم العقد وبين حقوقه استنباطا من اللغة الاسلامي .

(٢) حكم محكمة القاهرة الابتدائية ٢٣ ابريل ١٩٥٦ - « مجلة الحقوق » التي تصدرها كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية - السنة السادسة ص ١٢٨ وما بعدها مع تعليق للمؤلف .

وهذا ما عنته المادة ١٠٥ عند ذكرها ابرام النائب عقدا في حدود
مبايته باسم الأصل ، على أنه لا محل للمسك بحرفية هذا النص
واشتراط ذكر اسم الأصل صراحة عند التعاقد لأن المقصود هو علم
الغير المتعاقد بأن العقد انما يتم بطريق النيابة وهذا العلم كما قد يكون
عن طريق الاعلان الصريح من جهة النائب قد يتحقق بطرق أخرى كما
هو واضح من نص المادة ١٠٦ التالية . فيكفى اذن أن يكون الغير
المتعاقد مع النائب عالما - بأية طريقة كانت - بأن العقد حاصل بطريق
النيابة وأن يقصد الارتباط مباشرة مع الأصل (١) .

١٣٨ - وعلة وجوب العلم بالنيابة واضحة من كون الأصل
أن كل متعاقد انما يتعاقد لنفسه وأن آثار الارادة التعاقدية تقع في
ذمة صاحب تلك الارادة ، غير أن نظام النيابة يمكن الأصل من ايقاع
آثار قانونية في ذمته بواسطة ارادة شخص آخر هو النائب ، فاذا
كانت تلك الآثار القانونية ناتجة عن عقد فاشيء عن تلاقى ارادة النائب
مع ارادة الغير كان لزاما أن يعلم ذلك الغير بالنيابة وأن ينصرف قصده
- مع قصد النائب - الى ايقاع آثار العقد في ذمة الأصل حتى تتفق
الارادتان المنشأتان للعقد على صرف آثاره الى الأصل أى الى شخص
لم يكن في الأصل لتلحقه آثار العقد الذي لم يشترك في ابرامه .

١٣٩ - والوقت الذي ينبغي أن يتوفر فيه العلم بالنيابة هو
وقت انعقاد التصرف أو تلاقى ارادتي النائب والغير الذي يتعاقد معه
وهذا واضح من عبارة المادة ١٠٦ ذاتها اذ تقول « اذا لم يعلن العاقد

(١) علم الغير يكون العقد حاصلًا بطريق النيابة قد يكون نتيجة لاعلان النائب باسم
الأصل عنه التعاقد أى لتعاقد « باسم الأصل » بالمعنى اللفظي وقد يكون نتيجة لجرد
ذكر النائب أنه يتعاقد بصفته نائبًا كما قد يكون نتيجة للظروف التي يملأها الغير دون
أن يذكرها المتعاقد معه كما في حالة تأجير الوصي لقطار الكاسر فلا آثار للإيجارة تلحق
الكاسر بغير حاجة الى أن يذكر الوصي صراحة أنه يتصرف بصفته وصيًا لأن ذلك معلوم
من الظروف .

وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر العقد لا يضاف الى الأصيل ٠٠ » فإن لم يتوفر هذا العلم - الحقيقي أو الحكمي على ما سيجيء - عند إبرام العقد انتهى حكم النيابة ولزمت آثار العقد كلا من المتعاقدين شخصياً وإن ظهر في وقت لاحق لإبرام العقد أن أحدهما لم يكن أصيلاً في التصرف ٠ ومن هنا كان الوكيل الذي يتعاقد باسمه شخصياً دون أن يشير الى صفته (وهو ما اصطلاح على تسميته أحياناً بالاسم المستعار) هو الملزم وحده دون موكله بكافة آثار العقد (١) ولو لجأ مثل هذا الوكيل في وقت لاحق لانقضاء العقد الى اظهار صفته والاعلان عن شخص موكله الذي أبرم العقد لحسابه لما ترتب على ذلك اجراء حكم النيابة بوقوع آثار التصرف في ذمة الموكل مباشرة ولا معدى لمثل هذا الوكيل من أن ينقل آثار تصرفه الى الموكل بتصرف جديد بينه وبين موكله (٢) أو بطريق احلال الموكل محله في العقد بالاتفاق على ذلك مع المتعاقد الآخر ويكون هذا الاتفاق معداً للعقد الأول بالنسبة لشخصية أحد طرفيه ٠

(١) أنظر نقض ١٥ ابريل سنة ١٩٤٣ للحاماة ١٧٠/٦٢/٢٥ ونقض ٢٢ مايو سنة ١٩٤٧ - مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاماً ج ٢ ص ١٢٣٥ وقم ٨ وخطا الابتدائية ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ للحاماة ١٤ القسم الثاني رقم ٥٤ ص ١٠٣ وستئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٩٢٢ البلتان ١٨٧/٣٤ واستئناف مختلط ٨ يوليو سنة ١٩٢٦ البلتان ٣٦٦/٣٨ واستئناف مختلط ٣ مارس ١٩٣٦ البلتان ١٧٠/٤٨ واستئناف مختلط ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ البلتان ١٠/٥١ - ونقض فرنسي (غرائس) ١٠ فبراير سنة ١٩٢٦ دائره الاسمعي ١٦٢/١٩٣١ ونقض مدني ٢٣ مايو ١٩٦٢ مجموعة للكتب الفرنسي ٧٣٦/١٠٤/١٤ وفي هذا الحكم تقرر محكمة النقض المصرية أن « لو كبل الممولة اذا تعاقد لحساب موكله باسم نفسه فإن الموكل يبقى اجنبياً عن العقد ولا تنشأ بينه وبين من تعاقد مع الوكيل علاقة قانونية تجيز لاحدهما الرجوع الى الآخر بدعوى مباشرة » ٠

(٢) يطلق البعض على هذه الوكالة تسمية « النيابة غير المباشرة » (أنظر مثلاً عنوان رسالة ليكوليانو التي طُبعت سنة ١٩١٢ وأنظر عبد الحى حجازي ج ٢ ص ٢٢٩ - وكارونيه : نظرية الالتزامات باريس ١٩٦٢ ص ٢١٤ وانظر في اللغة الانجليزية منولجار ص ١١ - ١٢) وهو تمييز ينطوي على تناقض ظاهر لأن مؤدى النيابة رجوع آثار التصرف على الاصيل مباشرة فلا يسوغ أن توصف بوصف « غير المباشرة » ٠

١٤٠ - قلنا أنه ليس من اللازم أن يذكر النائب عند التعاقد اسم الأصيل لكي تعود الى هذا الأخير آثار العقد « فالقاعدة التي تقدمت الإشارة إليها (قاعدة رجوع الآثار الى الأصيل) تنطبق حيث يتعاقد النائب باسم الأصيل وهي تنطبق كذلك حيث يتعاقد النائب باسمه الشخصي رغم حقيقة نيابته متى كان من تعاقد معه يعلم أو كان ينبغي أن يعلم بوجود النياية أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو نائبه (١) » وهذا هو الحكم الذي تضمنته المادة ١٠٦ تقلا عن المادة ٣٣ فقرة ثانية من قانون الالتزامات السويسرى (٢) .

(١) المذكرة الإيضاحية على المادة ١٠٥ (مادة ١٥٨ من المشرع التمهيدى)
انظر تقضى مدنى ٢٥ ابريل ١٩٦٣ مجموعة للكتب الفنى ٥٧٩/٨٤/١٤ حيث تقول المحكمة ص ٦٠٥ : « تعامل الوكيل باسمه مع الغير لاغير من علاقته مع مركبه فيلتزم الموكل بموجب عقد الوكالة بتنفيذ ما التزم به الوكيل وكل مافى الأمر أن الوكيل هي هذه الحالة هو الذى يكون ملزما قبل الغير الذى تعامل معه الا اذا كان من القروض حتما أن هذا الغير يعلم بوجود الوكالة أو كان يستوى عنده ان يتعامل مع الاصيل أو النائب فمفندل تكون العلاقة بين الغير الذى تعاقد مع الوكيل وبين الموكل هو الحال في الوكالة الظاهرة » . وتقصد المحكمة بهذه العبارة الأخيرة الوكالة الصريحة أى حالة تعاقد الوكيل باسم الموكل ولا شأن لهذا الحكم بالوكالة الظاهرة بالمعنى الصحيح (أيضا بند ١٢٣ وما بعده) فالفرض في حالات النياية الظاهرة أن مظهرها متوافر رغم انتفاها في الحقيقة أما الفرض هنا فهو انتفاء مظهر النياية (لتعامل النائب باسمه الشخصي ؛ رغم وجود النياية في الحقيقة ولهذا كان يستحسن أن لا تستعمل المحكمة عبارة « الوكالة الظاهرة » .

(٢) انظر نصها في ملحق الكتاب

وانظر حكم التقضى الصادر في ١٨ مايو سنة ١٩٥٠ في دعوى ينطبق عليها القانون المدني القديم حيث تقرر للحكمة أنه « مادامت للحكمة قد استخلصت استخلاصا سائفا من عبارة عقد شراء ارض الكنيسة ومن ظروف الدعوى وملابساتها أن مشترى الارض التي أقيمت عليها الكنيسة لم يتعاقد باسمه وحصلته الا هو اشتراها من الحكومة بصفته وليس طائفة الأقباط الارثوذكس وراعى كنيستها ولم يكن قصده من شراها منصرفا الى اضافتها الى ملكه بل هو اشتراها بصفته سالفة الذكر لبناء كنيسة ومدرستين للطائفة عليها وبذلك لا تكون ملكية الارض قد دخلت في ذمته بل تكون انتقلت مباشرة من الحكومة الى الطائفة التي يرأسها - فلا مخالفة في ذلك للقانون » مجموعة القواعد القانونية التي ترونها محكمة التقضى في ٢٥ عاما ج١ ص ٣٦٩ رقم ١٤٦ . وانظر أيضا تقضى ٢٠ يونيو ١٩٦٨ - للحامات ٩٩/٦٤/٥٠ وفيه تقرر للمحكمة أن الرأب يعتبر طيفا لقوانين الكنيسة نائبا عن البنية في تملكه الأموال وعلى ذلك يكون للرأب الحق في =

وهذه المادة تسوى بين العلم الحقيقي بوجود النيابة وبين العلم المفترض لدى الغير المتعامل مع النائب ولقد كان نص المادة قبل نظر القانون في مجلس الشيوخ يستعمل عبارة « إلا اذا كان يستفاد من الظروف أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة » مقابل عبارة الأصل السويسرى التى تعنى « إلا اذا كان ينبغى على من تعاقد معه النائب أن يستنتج من الظروف وجود النيابة » ولقد لوحظ فى لجنة مجلس الشيوخ أن الترجمة عن الأصل غير دقيقة وبعد مناقشات انتهت إلى الاستعاضة عن عبارة « يستفاد من الظروف » بعبارة « من المفروض حتما » السابق استعمالها فى المادة ١٠٤ وبذلك أصبح النص « إلا اذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة » ومدلول هذه العبارة كما سبق أن أوضحنا بصدد المادة ١٠٤ عند كلامنا عن عيوب الإرادة والظروف المؤثرة فيها (١) - هو أن يكون جهل الغير المتعامل مع النائب بوجود النيابة منسوبا إلى تقصيره فى تحرى ظروف التعاقد ، ونرى أن هذا المدلول غير بعيد عن مدلول عبارة الأصل السويسرى بل لعل مدلولهما واحد لأن جهل الغير بوجود النيابة فى حالة ما اذا كان ينبغى عليه أن يستنتج من الظروف وجودها هو بيمينه الجهل الناشئ عن تقصير الغير فى تحرى الظروف .

١٤١ - وقد تضمنت المادة ١٠٦ فى آخرها حكما مقتضاه أعمال أثر النيابة حتى مع عدم علم الغير بوجودها - علما حقيقيا أو مفترضا - وذلك متى كان يستوى لديه أن يتعامل مع النائب أو مع الأصيل أى متى كان شخص المتعامل معه غير ذى أهمية (٢) .

١ - أن يتعاقد باسمه أو باسم الهيئة التى ينتمى إليها ولا يكون للتعاقد مع الراسب شأن فى ذلك مادام المقعد قد التقط صحيحا مرتبا لكل آثاره .

(١) أنظر أيضا بند ٣٣ .

(٢) أنظر تقضى ٢٨ مايو سنة ١٩٧٠ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢١ رقم ١٤٩ ص ٩٣٩ حيث قررت المحكمة أن البيع الصادر من شريك على الشيوخ عن المقار كله =

والأصل في العقود المنشئة للالتزامات - وخاصة ما كان تنفيذه منها متراجها - أن شخص التعاقد يكون موضع الاعتبار من التعاقد الآخر إذا لا يستوى لدى التعاقد أن يكون دائما أو مدينا لزيد أو عمرو دون تفریق . وأهمية شخص التعاقد وإن كانت تبرز في العقود التي يتراخي تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها إلى زمن قريب أو بعيد بعد إبرام العقد فإنها موجودة أيضا في العقود التي تنفذ وتتقضى فور إبرامها لأن التنفيذ قد يكون غير تام أو قد يتضح فيه قصور ترتب عليه نتائج قانونية لا يستوى أن تقع في ذمة هذا أو ذاك بلا تمييز . ومع صحة الملاحظة المتقدمة فإن الحكم الذي تضمنته العبارة الأخيرة في المادة ١٠٦ لا تعوزه التطبيقات العملية وخاصة في بيع المنقول وهو ما يحدث كثيرا في العمل فالمشتري الذي يدخل أحد المحلات لشراء شيء ما تتجر فيه من المتولى عملية البيع يستوى لديه أن يكون البائع له هو صاحب البضاعة أو نائباً عنه والعقد الذي يعقده مثل هذا المشتري ينصرف أثره مباشرة إلى صاحب المحل الأصلي ولو كان المشتري يجهل البائع له ليس إلا نائباً ويعتقد أنه صاحب الشأن (١) وكثيرا ما يحدث ذلك بالطريق العكسي فالتاجر الذي يبيع في متجره بضاعة لأحد المشتريين يستوى لديه أن يكون ذلك المشتري أصيلا أو نائباً عن غيره ولذلك فتقع آثار العقد في ذمة الأصل رأسا ولو كان البائع يجهل أن من اشترى منه نائب ويعتقد أنه هو صاحب الشأن الأصلي . وعلى هذا فإذا ظهرت مثلا في المبيع عيوب خفية كان

= نالذ في حق جميع الشركاء متى كان البائع قد صدر له تفويض منهم بالبيع وإن كان تعاقد باسمه وحده دون أن يشير إلى صفته كوكيل .

(١) من الممكن ادخال هذا المثال في نطاق الاستثناء الأول الذي أورده المادة ١٠٦ من قاعدة العلم بالتبعية أي في العلم المفترض لأن من يدخل محلا تجاريا لشراء شيء منه يفترض فيه أن يعلم - أو هو في غالب الأحوال يعلم فعلا - بأن التعامل معه أي المتولى للبيع له ليس صاحب الشأن الأصلي . انظر في هذا المعنى بوبسكو - رالمسباتو ص ٢٩٥ .

للأصيل ان يرجع على أبا نافع ونو أن هذا الأخير لم يكن يعلم بالنيابة عند إبرام العقد وذلك لأنه يستوى لديه أن يتعامل مع النائب أو الأصيل (١) .

١٤٢ - وتقدير ما إذا كان يستوى أو لا يستوى لدى المتعاقد أن يتعامل مع النائب أو مع الأصيل يخلص من وقائع الحال وهو أمر متروك للقاضي يستنتجه من تلك الوقائع والظروف فإذا وجد أن للمتعاقد مصلحة في أن يتعامل مع النائب مثلا وظنه أصيلا لم يوقع اقتضى آثار العقد في ذمة صاحب الشأن الحقيقي ولم يربط بيه وبين المتعاقد ، وإن وجد القاضي على العكس ألا مصلحة للمتعاقد في أن يتعامل مع النائب أو مع الأصيل أجرى حكم النيابة وربط بالعقد بين المتعاقد وبين الأصيل مباشرة رغم عدم العلم بالنيابة .

على أنه يصح أن تتساءل عن تقدير تلك المصلحة أهو تقدير موضوعي أم تقدير شخصي ؟ أي هل ينظر القاضي عند وزنه الظروف التي يخلص منها أن يستوى أو لا يستوى تعامل المتعاقد مع النائب أو الأصيل إلى ذلك المتعاقد بالذات أو إلى المصلحة المجردة التي تكون لأي متعاقد في تلك الظروف ؟

هنا يختلف مذهب القضاء السويسري عن مذهب القضاء

(١) أنظر حكم محكمة السيّ في ٩ أكتوبر سنة ١٨٩٦ (سبوي ١٤٩/٢/٩٧) وفيه طُبقت المحكمة قواعد النيابة في قضية هذه وقالتها : قام أحد مندوبي السفريات *commis-voyageurs* بشحن عدة طرود بالسكة الحديدية فأصاب بعضها التلف ورفّع الشخص الذي يصل لديه الشاحن دعوى على شركة السكة الحديد مطالبا بتعويض الضرر . دفعت الشركة بيمين قبول دعوى رب العمل بحجة أن المندوب هو الذي قام بشحن الطرود وأنها سجلت باسمه هو شخصيا غير أن المحكمة لم تأخذ بهذا الدفع . فبطلت دعوى المدعي على أساس أن المندوب إنما كان نائباً عنه في عملية الشحن . قد سارت من زمن على نفس المنوال في الحالات الماثلة محكمة النقض الفرنسية . نقض فرنسي أول ديسمبر سنة ١٨٩٦ (سبوي ١٨٩/١/٩٧) ونقض فرنسي ٢٢ يونيو سنة ١٩٠٣ (دالوز ٢٤٢/١/١٩٠٤) وأنظر غلازين ص ١٩٤ - ١٩٥ حيث تناول هذه الأحكام بالتعليق .

الألماني (١) فالأول ينظر الى المسألة نظرة شخصية ويعتد بالمصلحة التي قد تكون للمتعاقد بالذات في التعامل مع النائب أو مع الأصيل ، أما انتضاء الألماني وكذا الفقه فينظر إليها نظرة موضوعية مجردة ويعتد بالمصلحة التي يصح أن تكون للغير عموما في تلك الظروف (٢) .

ولما كان المشرع المصري قد استقى المادة ١٠٦ من القانون السويسري كما تصرح بذلك الأعمال التحضيرية فيصح إذن أن يقال إن المذهب الشخصي في هذه المسألة هو مذهب القانون المصري (٣) .

١٤٣ - وهناك حالات تقع في العمل ويخلص من ظروفها بشكل قاطع أن المتعاقد مع النائب لا يعتد بشخص الطرف الآخر ولا توجد له مصلحة في انصراف أثر العقد الى شخص النائب أو الى شخص الأصيل وهذه هي الحالات التي يحتفظ فيها النائب في العقد الذي يبرمه مع الغير بحق الكشف عن شخصية الأصيل في وقت لاحق للتعاقد (٤) .

(١) تتضمن المادة ١٦٤ من القانون المدني الألماني نفس الحكم الذي تضمنته المادة ٣٢ من قانون الالتزامات السويسري والمادة ١٠٦ من القانون المدني المصري .

(٢) انظر بوبسكو - رامنسيانو ص ٣٩٦ وص ٦٤٦ .

(٣) انظر في اتباع المعيار الموضوعي : السنهوري في الوسيط ج ٧ المجلد الاول - بند ٣١١ ص ٦٢٩ حاشية ١ وراجع ما تقدم في الحاشية بند ٢٢ أنفا .

(٤) وهو ما يطلق عليه في الفقه الفرنسي بمبدأ عقود البيع اصطلاح *déclaration de commande*

انظر كلاريز ص ١٩٥ ورواست ص ٢١٧ - ٢٢٠ وعاداري ص ٢١٨ - ٢٢١ وبوبسكو - رامنسيانو ص ٢٤٨ - ٢٥٠ حيث يقرر هؤلاء المؤلفون اجماع الفقه الحديث على اعتبار هذا الوضع (الذي كان مبرورا من أيام القانون الفرنسي القديم) صوة من صور النيابة خلافا لبعض المؤلفين المتقدمين الذين كانوا يرون فيه نظاما قائما بذاته ومنهم فوكو : رسالة من باريس سنة ١٨٩٣ .

Foucault : De la vente avec déclaration de commande en droit français, Thèse, Paris, 1893.

وانظر في البيع مع التقرير بالفراء من الغير : الهلال حامد زكي في البيع بند ٤٧-٥٥ وانظر في عدم تعيين شخص الأصيل وقت التعاقد : السنهوري في نظرية المبدأ بند ٢١١ حيث نجد من أمثلة هذه الصورة من صور النيابة « التأمين لصالح من سيكون =

فإذا قرر النائب أنه يتعاقد بوصفه نائبا ولم يكشف عند التعاقد عن شخصية الأصيل أو اشترط التعاقد أن يكون له الحق في أن يفصح في ميعاد معين عن اسم شخص آخر ترجع إليه آثار العقد وقبل الغير المتعاقد معه هذا الوضع ففي هذا القبول تسليم من المتعاقد بأن شخص الطرف الآخر غير ذي أهمية لديه واذن فرغم عدم التصريح في العقد باسم الأصيل بل ورغم عدم وجود ظروف تدل عليه يتحقق حكم النيابة وينصرف أثر مثل هذا العقد الى الأصيل دون النائب لأن نية النائب قد انصرفت الى عدم الارتباط شخصا كما أن نية الغير المتعاقد قد انصرفت كذلك الى عدم الارتباط مع النائب وانما مع الأصيل الذي يحدده النائب فيما بعد .

١٤٤ - على أن النيابة في هذا النوع من العقود تتحقق فقط في الحالة التي يكشف فيها المتعاقد عن شخص الأصيل في المهلة الاتفاقية أو المعقولة أما إذا انقضت تلك المهلة دون أن يحدث ذلك فالعقد يعتبر مبرما بين المتعاقد الذي احتفظ بحق الكشف عن شخص الأصيل وبين من تعاقد معه وعلى ذلك فيصح القول بأن مثل هذا المتعاقد يعتبر نائبا بشرط واقف هو الكشف عن الأصيل في المهلة ومتعاقدا باسمه ولحساب نفسه بشرط واقف كذلك هو انقضاء المهلة دون الكشف عن شخصية صاحب الشأن .

هذا وقد قررت محكمة النقض في حكم لها تناولت فيه عقد

= ذا شأن *assurance pour le compte de qui il appartient* أن هذا النوع من التأمين لا ينطوي على نيابة وانما هو من صور الاشتراط لصلحة الغير إذ أن المؤمن له يظل دائما مرتبطا بمقتضى مع شركة التأمين كما فيصح أن يكون المستفيد هو المؤمن له شخصيا لا غيره . انظر تفصيل ذلك : ماداري ص ٢١٥ - ٢١٨ ورواسست ص ٦٦ . وانظر من الرأي العكسي الذي اختاره السنهوري بوبسكو - رامنسيانو ص ٢٥٢ وبيلون ص ١١٧ وما بعدها .

البيع الذى يحتفظ فيه المشتري بحق الافصاح عن اسم شخص آخر
نرجع اليه آثار العقد ما يلى (١) :

« ان تكيف العلاقة القانونية بين المشتري الذى يحتفظ بحق
اختيار الغير وبين المشتري المستر بأنها وكالة تجرى أحكامها على
الآثار التى تترتب على هذه العلاقة بين الطرفين وبالنسبة الى الغير
غير جار على اطلاقه فان بين أحكام الوكالة والأحكام التى يخضع لها
شرط اختيار الغير والآثار التى تترتب عليه تنافرا - فاسناد ملكية
المشتري المستر الى عقد البيع الأول رغم عدم وجود تفويض أو توكيل
منه الى المشتري الظاهر قبل البيع وبقاء العين فى ملكية المشتري
الظاهر اذا لم يعمل حقه فى الاختيار أو اذا أعمله بعد الميعاد المتفق
عليه - وهى أحكام مقررّة فى شرط اختيار الغير - كلها تخالف أحكام
الوكالة تماما .

« ولئن كان الفقه والقضاء فى فرنسا قد ذهبوا فى تبرير اسناد
ملكية المشتري المستر الى عقد البيع الأول - وهو أهم ما يقصد من
شرط اختيار الغير - الى افتراض وكالة المشتري الظاهر عن الغير الا
أن ذلك ليس الا مجازا مقصورا على حالة ما اذا أعمل المشتري حقه
فى اختيار الغير فى الميعاد المتفق عليه مع البائع أما قبل ذلك أو اذا لم
يعمل هذا الحق أو أعمله بعد الميعاد فالافتراض يزول وتزول معه كل
الآثار المترتبة على الوكالة » .

ويدو من هذا الذى قرره محكمة النقض المصرية أنها تذهب
الى الرأى الذى يعتبر الشراء مع حفظ الحق فى اختيار الغير نظاما
مستقلا قائما بذاته وهو الرأى القديم الذى عدلّ عنه الفقه (راجع

(١) نقض ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام محكمة النقض (دار النشر للجامعات
المصرية) السنة الأولى رقم ٩٨ ص ٣٦٥ .

حاشية البند ١٤٣) ولا يسعنا أن نتمشى مع هذا الحكم فيما اعتبره تنافرا بين أحكام الشراء مع حفظ الحق في اختيار الغير وبين أحكام الوكالة من حيث « اسناد ملكية المشتري المستر الى عقد البيع الأول » فهذا الأثر هو خصيصة النيابة التي لا تنفك عنها إذ أن رجوع آثار العقد الى الأصل مباشرة دون النائب هو أهم آثار النيابة ، أما ما أشارت اليه المحكمة من « عدم وجود تفويض أو توكيل منه (أى المشتري المستر أو الأصل) الى المشتري الظاهر قبل البيع » فغير مسلم لأن العلاقة بين المتعاقد مع حفظ الحق في اختيار الغير وبين هذا الغير لا تخرج عن أن تكون علاقة وكالة أو علاقة فضالة وهي على العالين صورة من صور النيابة إذ لا سبيل الى الزام المشتري المستر آثار العقد الذى عقده المشتري الظاهر بغير ذلك .

أما عن وجه التنافر الثانى الذى تشير اليه محكمة النقض بين أحكام هذا النوع من البيوع وبين أحكام الوكالة وهو « بقاء العين فى ملكية المشتري الظاهر اذا لم يعمل حقه فى الاختيار أو اذا أجمعه بعد الميعاد المتفق عليه » فلا تنافر هنا فى الواقع إذ أن اعتبار هذا النوع من البيوع من تطبيقات النيابة مشروط بفرط اعمال الحق فى اختيار الغير فحيث لا يستعمل المتعاقد هذا الحق فلا نيابة . وبعبارة أخرى أن النيابة هنا موقوفة على شرط استعمال الحق فى اختيار الغير فى الموعد المتفق عليه فاذا حدد المتعاقد شخص صاحب الشأن تحقق الشرط وأصبحنا أمام حالة عادية من حالات النيابة بكل أحكامها وآثارها أما اذا لم يستعمل المتعاقد هذا الحق تخلف شرط النيابة . وأصبحنا أمام عقد بيع معقود بطريق الاصاله يرتبط به البائع والمشتري الظاهر الذى يصبح فى هذه الصورة صاحب الشأن الوحيد . وهذا التصور للشراء مع حفظ الحق فى اختيار الغير بأنه يتضمن

نيابة موقوفة على شرط تصوير يتفق مع الواقع ولا حاجة معه الى القول بالافتراض أو المجاز المقصور على حالة ما اذا أعمل المشتري حقه في اختيار الغير كما ذهبت اليه أسباب هذا الحكم ، اذا لا افتراض هنا وانما نيابة بمعنى الكلمة أما الفرض الآخر وهو فرض عدم استعمال الحق في اختيار الغير فيه لا تتحقق النيابة لتختلف شرطها ونكون أمام بيع معقود بطريق الاصاله أى أن النيابة لا تنشأ أصلاً فلا محل للقول بأن « الافتراض يزول وتزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة » (١) •

وفي حالات تعاقد النائب بوصفه نائباً دون أن يكشف عن شخصية الأصل عند التعاقد وحالة اشتراط التعاقد أن يكون له الحق في أن يفصح في ميعاد معين عن اسم شخص آخر ترجع اليه آثار العقد نجد أنه رغم عدم التصريح باسم الأصل ورغم عدم وجود ظروف تدل عليه يتحقق حكم النيابة وينصرف أثر مثل هذا العقد رأساً ومن وقت إبرام العقد الى الأصل دون النائب متى كشف التعاقد عن شخص هذا الأصل في الميعاد وذلك لأن نية النائب قد انصرفت الى عدم الارتباط شخصياً كما أن نية الغير المتعاقد معه قد انصرفت كذلك الى عدم الارتباط مع النائب وانما مع الأصل الذي سيحدثه النائب فيما بعد •

وفائدة هذا النظام العملية واضحة من حيث أنه يسمح بإبرام عقود لحساب أشخاص قد تكون لهم مصلحة في التجهيل بأشخاصهم عند التعاقد وبذلك يحقق هذا النظام مزايا نظام الاسم المستعار دون أن يصطبغ ذلك بضرورة نقل آثار العقد من الاسم المستعار الى صاحب الشأن بتصرف جديده كما هو الشأن في حالات تعاقد الوكيل

(١) محكمة النقض مستمرة في استعمال هذا التعبير • انظر نقض مدني ١١ يناير

١٩٧٢ - مجموعة المكتب الفني ٧٢/١٤/٢٤ •

باسم نفسه اذا لم يحتفظ في العقد بالحق في الكشف عن شخص صاحب الشأن .

ومن النتائج العملية لاعتبار هذا النوع من العقود من تطبيقات النية أنه لا يستحق على التصرفات العقارية الا رسم شهر واحد اذا أن الكشف عن شخصية الأصيل ليس تصرفا جديدا كما أن المشتري الأول في هذه الصورة ليس الا فائبا لا ترجع اليه آثار العقد .

١٤٥ - ومن حالات النية التي يصح ألا يكون فيها شخص الأصيل معينا حالة الفضالة حين تكون لدى الفضولي نية العمل لحساب شخص معين فاذا به يعمل لحساب شخص آخر ، ذلك أن المقرر بصدد الفضالة انه يكفي لايقاع حكم النية - برجوع آثار تصرف الفضولي الى رب العمل مباشرة - أن تكون لدى الفضولي نية العمل لحساب الغير مطلقا دون اشتراط نية العمل لحساب شخص معين وعلى ذلك فلا يهم أن يخطئ الفضولي في شخص من يعتقد أنه رب العمل وتقع آثار تصرفه مع ذلك في ذمة رب العمل الحقيقي كما تصرح بذلك المذكرة الايضاحية للمشروع للتهدي للقانون المدني المصري (١) .

١٤٦ - كما أنه لا يوجد ما يمنع من التعاقد باسم شخص مستقبل بحيث لا تقع آثار التصرف الا في ذمة ذلك الشخص عند وجوده . ومثال ذلك تصرفات المؤسسين لشركة المساهمة فان العقود التي يفتقدها هؤلاء المؤسسون مع الغير في كل ما يتصل بإنشاء الشركة أو بمباشرة نشاطها تكزم شركة المساهمة بمجرد تمام اجراءات انشائها ويعتبر المؤسسون في التصرفات التي عقدها مع الغير قبل التأسيس نائبين عن شركة المساهمة التي لم تكن موجودة وقت التعاقد .

(١) المذكرة الايضاحية على المادة ١٩٠ - مجموعة الأعمال التشريعية ج ٢

ص ٢٧١ - ٢٧٢ وأنظر السنهوري : الوسيط ج ١ بند ٨٧١ .

١٤٧ - وليس في تجهيل شخص الأصل ما يصح أن يكون محل اعتراض من الوجهة النظرية فإن القانون يقر أوضاعاً أخرى يكون فيها أحد عناصر العقد مجهولاً إلى حين فمن ذلك ما نصت عليه المادة ١٥٦ من القانون المدني المصري :

« يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً أو جهة مستقبلية ، كما يجوز أن يكون شخصاً أو جهة لم يمينا وقت العقد .. » فتجهيل شخص المنتفع وقت التعاقد لا يمنع من صحة الاشتراط لمصلحته ما دام تعيينه مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره .

ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٢٧٥ من القانون المدني المصري الخاصة بالالتزام بالتخيري :

« يكون الالتزام تخيرياً إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحداً منها .. » فهنا نجد أن محل الالتزام غير معين وقت التعاقد وإنما يتعين فيما بعد عند تنفيذه من جانب الملتزم .

فإذا ساغ تجهيل محل الالتزام وهو عنصر هام من عناصره فلا غرابة في تجهيل شخص الملتزم إلى حين كشف النائب عنه في وقت لاحق للتعاقد .

١٤٨ - على أن تجهيل شخص الأصل لا يصح إلا أن يكون مؤقتاً لأن في دوام تجهيله ما لا يتفق ولزوم استكمال العقد لطرفيه اللذين تقع في ذمتهم آثاره كما أن في استمرار تجهيل شخص الأصل طوال المدة التي يستغرقها تنفيذ العقد مساماً بما ينبغي أن يتوفر للطرف الآخر من اطمئنان إلى العقد وهو أمر لا يتفق واستقرار المعاملات . لهذا كان لا بد من الكشف عن شخصية الأصل في فترة

معقولة بعد إبرام العقد والغالب الأعم أن يحدد المتعاقدان (النائب
والغير المتعاقد معه) هذه الفترة صراحة في العقد • وقد يحددها
القانون نفسه كما في المادة ٤٤٤ من قانون المرافعات المصرى (١)
(المقابلة للمادة ٦٧٠ من القانون القديم) التى تنص على أنه : « يجوز
لمن حكم بإيقاع البيع عليه أن يقرر فى قلم كتاب المحكمة قبل انقضاء
ثلاثة الأيام التالية ليوم البيع أنه اشترى بالتوكيل عن شخص معين •• »
ومتضى هذا النص أن البيوع القضائية فى القانون المصرى
تكون دائماً مقترنة بحق الكشف عن الأصل أو ما يسمى بحق
اختيار الغير وذلك بغير حاجة الى النص على ذلك فى قائمة شروط
البيع •

(١) رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ •

الفصل الأول

أثر النيابة بالنسبة للأصيل

١٤٩ - أن انصراف آثار تصرف النائب الى الأصيل مباشرة لهو جوهر نظام النيابة وحول هذه النقطة تتركز مشكلة الطبيعة القانونية للنيابة كما يدور حولها كل البحث الرامي الى شرح قاعدة النيابة وتفسير كيفية عملها على صرف آثار تصرف العاقد الى شخص غيره لم يشترك في إبرام التصرف على ما سبق لنا الكلام فيه تفصيلا في الكتاب الأول .

١٥٠ - نصت المادة ١٠٥ من القانون المدني المصري (١) على أثر النيابة بالنسبة للأصيل وتضمن نصها الشروط الثلاثة التي تتحقق بها النيابة ويتم باجتماعها انصراف آثار التصرف الى الأصيل وهي :

١ - أن يستعمل النائب ارادته الخاصة في إبرام التصرف (« إذا أبرم النائب ... »)

(١) وهابها في القانون المدني السوري المادة ١٠٦ وفي القانون المدني الليبي المادة ١٠٥ وفي قانون الوكالة السوداني المادتان ٣٣ و ٣٤ وفي مجلة الالتزامات والعقود التونسية الفصل ١١٤٩ وفي القانون المدني الجزائري المادة ٧٤ وفي القانون المدني الأردني المادة ١١٢ .

٢ - أن يكون التصرف داخلا في حدود المكنة المخولة للنائب
(« ٠٠ في حدود نيابته ٠٠ »)

٣ - أن يتعاقد النائب باسم الأصليل (« ٠٠ عقدا باسم
الأصليل ٠٠ »)

وقد وفينا كل شرط من هذه الشروط حقه من الكلام في موضعه
المنطقي تبعا لخطة البحث بحيث لا نرى داعيا الى الرجوع الى ذلك
الآن ولا الى تناول هذه الشروط بطريقة تقريرية لا تتفق وطبيعة مثل
هذه الدراسة . وكفينا الآن أن نقول ان آثار التصرف الذي يعقده
النائب في حدود نيابته باسم الأصليل تقع في ذمة الأصليل مباشرة
فيضاف اليها ما يترتب على التصرف من حقوق كما تتحمل بما ينشئه
ذلك التصرف من التزامات بدون أن يكون للنائب أى شأن بذلك
كله .

ومن تطبيقات هذا المبدأ - مبدأ رجوع آثار التصرف كلها
الى الأصليل دون النائب - ما قضت به محكمة النقض المصرية من
أن « تاريخ الورقة الموقعة من الوكيل حجة على الأصليل وعلى وارثه
لأنه ليس من الغير وكذلك الوارث لكون خلفا عاما لمورثه » (١)

وهكذا نرى أنه « اذا كان شخص النائب هو الواجب الاعتداد
به فيما يتعلق باتمام العقد فعلى النقيض من ذلك ينبغى أن يرجع الى
شخص الأصليل وحده عند تعيين مصير آثاره فالأصليل دون النائب هو
الذى يعتبر طرفا فى التعاقد واليه تنصرف جميع آثاره فيكسب
مباشرة كل ما ينشأ عنه من حقوق ويقع على عاتقه كل ما يترتب من
التزامات . ولعل هذا الأثر المباشر أهم ما أحرزه القانون الحديث من
تقدم فى شأن النيابة » (٢)

(١) نقض مدنى ٢٦ مارس ١٩٧٤ - مجموعة للمكتب القنى ٧٦/٩٢/٢٥ .

(٢) المذكرة الإيضاحية على المادة ١٠٥ (المادة ١٠٨ من المشروع التمهيدي) .

١٥١ - وفقهاء الشريعة الإسلامية بمذاهبها المتعددة مجمعون على هذا الأثر المباشر للنيابة فعندهم أن تصرف النائب تقع آثاره مباشرة للأصيل وعليه ، على أن الفقهاء يفرقون في آثار التصرف بين ما يسمونه حكم العقد وما يسمونه حقوقه والمراد بحكم العقد هنا الأثر المترتب على العقد الذي يثبت لكل من العاقلين قبل الآخر مثل ثبوت ملكية المبيع للمشتري ودخول الثمن في ذمة البائع ، والمقصود بحقوق العقد كل ما اتصل بتنفيذ حكم العقد والتمكين لكل من العاقلين مما أمضاه له العقد مثل تسليم المبيع وقبض الثمن والرد بخيار العيب وضمان رد الثمن اذا تبين أن البيع لم يكن ملكا للبائع الى غير ذلك • (١)

فالمداهب الأربعة مجمعة على ثبوت حكم العقد وحقوقه معا للأصيل دون النائب في جميع الحالات التي يصرح فيها النائب بأنه انما يتعاقد بتلك الصفة أى حين يتم التعاقد « باسم الأصيل » ويتوفر العلم بالنيابة في النائب والغير باصطلاح الفقه الحديث وهذا هو عين الحكم في القوانين الحديثة •

(١) انظر في التمييز بين حكم العقد وحقوقه وحيد الهين سوار : التعبير من الإرادة في الفقه الإسلامي - القاهرة ١٩٦٠ البندين ٥٧٠ - ٥٧١ والمراجع المشار اليها نة • وانظر أيضا وصية الزجيل : الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ج ٢ دمشق ١٩٦٨ ص ١٠٥ - ولو أن المؤلف لم يستظهر بشكل واضح الأثر المباشر للنيابة في الفقه الحنفى اتباعا لظاهر الطريقة بين المقود التي يستغنى عن اضافتها الى الأصيل وتلك التي لا يستغنى عن اضافتها اليه ولم يبرز أن الأثر المباشر يتحقق حتى في النكاح الأولى من المقود مع أنه أشار الى القناعة في هذا الشأن بإشارة عابرة إذ قال ص ١٠٦ : وكذلك ترجع حقوق العقد للموكل اذا أضاف الوكيل العقد الى الموكل • انظر ما يلى في هذا البند وما بعده وانظر في هذا الموضوع أيضا محمد رفعا عبد الجبار المائى : « الوكالة في الشريعة والتانون » بغداد ١٩٧٥ البند ٤٣٩ ٤٨٥ •

وقد تبني القانون المدني الأردني الجديد هذه التفرقة بين حكم العقد وحقوقه وذلك في المادة ١١٣ منه ونصها : « اذا أيرم النائب في حدود نيابته عقدا باسمه فان حكم العقد يرجع الى الأصيل وتصرف حقوق العقد الى النائب الا اذا كان المقاد الآخر يعلم وقت التعاقد بوجود النيابة فترجع الحقوق الى الأصيل » •

وفي هذا المعنى نجد في حاشية ابن عابدين (١) قوله :

« ولو أضاف (الوكيل) العقد الى الموكل تتعلق الحقوق بالموكل اتفاقاً » .

ويقول صاحب « المعنى » :

« اذا اشترى الوكيل لموكله شيئاً باذنه انتقل الملك من البائع الى الموكل ولم يدخل في ملك الوكيل وبهذا قال الشافعي .. (لأنه) قبل عقداً لصيره صح له فوجب أن ينتقل الملك اليه كالأب والوصي وكما لو تزوج له .. ويتفرع عن هذا أن المسلم لو وكل ذمياً في شراء خمر أو خنزير فاشتراه له لم يصح الشراء .. واذا باع الوكيل بشئ معين ثبت الملك للموكل في الثمن » (٢) .

كما تقرأ في « المدونة الكبرى » للإمام مالك بن أنس :

« قلت أ رأيت لو أني اشتريت سلعة من رجل لفلان فأخبرته أنني إنما اشتريتها لفلان ولست اشتريها لنفسى أ يكون للبائع أن يتبع هذا المشتري بالثمن أم يتبع الذي اشترى له ؟ .. قال — ان لم يكن هذا اشترى لولده الصغير مثلاً وهو في ولايته بعين مال نفسه وسمى الولد هذا المشتري .. فان قال له النقد على الذي اشترى له وليس لك على شيء فهذا لا يتبعه البائع بالنقد ويكون النقد للبائع على الذي أمر هذا بالشراء . قلت : أتحمظه عن مالك بن أنس ؟ قال : هو قوله ، قلت : أ رأيت القاضى اذا باع أموال اليتامى أو باع مال رجل مفلس في دين أو باع مال ميت وورثته غيب على من العهدة ؟ قال : قال مالك في الوصى أنه لا عهدة عليه فكذلك القاضى لا عهدة عليه . قلت : فعلى

(١) ج ٤ ص ٤٦٩ .

(٢) المعنى لابن قدامة وعليه الشرح الكبير — صدر سنة ١٢٤٧ هـ ج ٥ ص ٢٦٣ — ١٦٤ .

من عمدة المشتري اذا باع الوصى تركه الميت ؟ قال : فى مال
اليتامى « (١) » .

وقال فى حاشية الغرر البهية :

« لو اشترى بمال نفسه لغيره باذنه وقم الشراء للغير ان سماء
فى العقد « (٢) » .

وفى فتاوى الرملى نجد ما يلى :

« (سئل) رضى الله عنه عن اشترى لولده الصغير بعين مال
نفسه وسمى الولد فى العقد هل ينعقد للولد أم لا (فأجاب) بانه اذا
اشترى لولده الصغير مثلاً وهو فى ولايته بعين مال نفسه وسمى الولد
فى العقد فان العقد يقع للولد لا لوالده « (٣) » .

أما الحالات التى لا يصرح فيها النائب بأنه يتعاقد بتلك الصفة
فحولها خلاف بين الفقهاء الشرعيين وقبل أن نستعرض هذا الخلاف
يهمنا أن نشير مرة أخرى الى أنه لا يتعلق بالنيابة كما تعرفها القوانين
الحديثة لاتقاء التصرف باسم الأصيل فى هذه الحالات وانما يتعلق هذا
الخلاف بصور لا تعتبر داخلة فى نطاق النيابة بمدلولها الحديث اذ
نرجع كلها الى حالات وكالة لا نيابة فيها (٤) » .

(١) المدونة الكبرى - مصر سنة ١٢٢٣ ج ١٠ ص ١٨٦ .
وانظر ص ١٨٥ « ان كان حين باعها قال انما أبيع للفلان فلا أرى على المأمور شيئا
والعمدة على الأمر » .

(٢) ج ٣ ص ١٨٩ . وانظر منهاج الطالبين ج ٢ ص ٦٥ حيث يصرح بوقوف
آثار العقد للوكيل اذا لم يسم للوكيل أى اذا لم يكن التعاقد باسم الأصيل - ومفهوم
المخالفة من هذه العبارة وقوع الآثار للأصيل كلما حصل التعاقد باسمه .

(٣) على هامش الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر ج ٢ ص ٢٠٩ .

(٤) قارن ما نقوله هنا عن أثر النيابة فى الشريعة الاسلامية ومسألة حكم العقد
وحقوقه بما قاله عنها الأساتذة : أحمد أبو الفتح - للمعاملات فى الشريعة الاسلامية
ج ٢ ص ٥٨١ - ٥٨٢ والستهورى نظرية العقد - حاشية بنه ٢٠١ ص ٢٠٩ - ٢١٠ =

يقول الحنفية ان حقوق العقد فى الحالات التى لا يصرح فيها
النائب يانه يتعاقد باسم الاصيل ترجع الى النائب بينما يثبت حكم العقد
(كالمالك مثلا) للأصيل وفى هذا نجد فى تكملة شرح فتح القدير (١)
قوله :

= وأحمد إبراهيم - أحكام التصرف عن الغير - القاهرة ١٩٤١ ص ٢٠٢ - ٢٠٨ ، ومحمد
ابن زهرة - للملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية - بند ٢١٠ ص ٣٢٤ - ٣٣٩ ،
وشفيق شحاته - نظرية النيابة فى القانون الرومانى والشريعة الإسلامية - فى د مجلة
العلوم القانونية والاقتصادية = التى تصدرها كلية الحقوق بجامعة عين شمس - العدد
الأول (١٩٥٩) ص ٣٠٥ - ٣٦٢ . وقد اقتصر بحث الأستاذ الدكتور شحاته على
للمذهب الحنفى كما أن التصوص السديدة التى أوردتها فى استعراضه أحكام النيابة
فى مختلف العقود تكاد كلها تخص الصور التى يتعاقد فيها الوكيل باسم نفسه - أى
ينبغى فيها شرط التعاقد باسم الاصيل وبالتالى تنطبق النيابة بمفهومها الحديث - ويبدو
أن هذا هو السبب فى أن المؤلف حين انتقل فى ختام البحث من الاستقراء الى الاستنتاج
أشار الى ما سماه « مبدأ اللابينة » « ظاهرة اللابينة فى التشريع الإسلامى »
(ص ٣٥٩) ، كما أشار الى الوسائل الفقهية التى يرى أن فقهاء الحنفية تدعروا بها
لادخال فكرة النيابة فى مختلف العقود حتى « انتهوا الى تقبل رجوع حقوق العقد كلها
الى الاصيل لمجرد اضافة العقد اليه » . والواقع أنه بغير اضافة العقد الى الاصيل (أى
بغير التعاقد باسم الاصيل) لا تكون لدينا نيابة ليس فقط فى الفقه الحنفى هو « مبدأ
اللابينة » وان اقرار الأثر المباشر للنيابة جاء عن طريق حيل شرعية ووسائل فقهية ، بل
أن الأثر المباشر للنيابة مقرر لدى الحنفية كمبدأ عام - وبغير التجاذ الى ما فى جعبة الصنعة
الفقهية من وسائل وحيل - فى كل الصور التى تتر فيها القوانين الحديثة ذلك الأثر
المباشر . وعلى ذلك فإذا صح ما يقوله المؤلف من أن « الفقه الحنفى قد أخذ بمبدأ النيابة
بغير » (ص ٣٦٢) فانما يصح ذلك بالتقاس الى المذاهب الإسلامية الأخرى وخاصة
المالكية والحنابلة لا على الإطلاق أو بالتقاس الى القوانين الحديثة . ونحن قد اقمنا لنا
فيما تقدم - وسيزداد وضوحا من بعد - أن للمذهب الحنفى أن يكن أسبق للمذاهب
الإسلامية فى اقرار الأثر المباشر للنيابة ، الا أنه يقر ذلك الأثر المباشر كقاعدة عامة فى
كل الصور التى يتم فيها التعاقد باسم الاصيل قيطابق بذلك حكم القوانين الحديثة ذات
الأصل اللاتينى أو الجرمانى ، ثم أنه يجاوزها بالنسبة لأهم آثار العقد وهو ما يسمونه
حكم العقد قيومته فى ذمة الاصيل - كقاعدة عامة أيضا - حتى فى الحالات التى لا يتم
فيها التعاقد باسم الاصيل وذلك فى الطائفة من العقود التى تقبل ذلك طبيعتها وبغير
مساسس بما ينبغى أن يتوفر للغير المتعامل مع النائب من ثقة والمثلان . أما المذاهب
الإسلامية الأخرى فقد ذهبت بالأثر المباشر للنيابة الى أبعد من ذلك فاقتربت كثيرا من
أحكام القانون الأصيل - أمريكى على التصديق الذى سرفاه .

(١) ج ٦ ص ١٦ - ١٩ .

« العقد الذى يعقده الوكلاء على ضربين (الأول) كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه أى تصح اضافته الى نفسه ويستغنى عن اضافته الى الموكل كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل . وقال الشافعى رحمه الله تتعلق بالموكل وبه قال مالك وأحمد لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه . ولنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة لأن العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته يكونه آدميا له أهلية الإيجاب والاستيجاب لا بكونه وكيلًا فكان العقد الواقع منه ولغيره سواء . وفى الكافي فقضيته تستدعى أن يكون الحاصل بالتصرف واقما له غير أن الموكل لما استتابه فى تحصيل الحكم جعلناه نائبًا فى حق الحكم وراعينا الأصل فى الحقوق . ولهذا قال : يسلم الوكيل المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم فى العيب ويخاصم فيه لأن كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه أى عن الوكيل . وتحقيق المسألة أن تصرف الوكيل جهتين جهة حصوله بعبارة وجه نيابته واعمالها ولو بوجه أولى من افعال أحدهما فلو أثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولها بعبارة وأهليته بطل توكيل الموكل ولو أثبتناها للموكل بطل عبارة الوكيل فأثبتنا الملك للموكل لأنه الغرض من التوكيل ، فتمتع الحقوق للوكيل ، و « الضرب الثانى » كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل .

وورد مثل ذلك فى « بدائع الصنائع » للكاسانى (١) .

وهكذا ينسب الحنفية فى كتبهم الى الشافعى ومالك وأحمد بن حنبل رأيا واحدا فى هذا انصدد يعاير رأى الحنفية فهؤلاء يرون أن

حقوق العقد الذى لا يضيفه الوكيل الى موكله ترجع الى الوكيل وينسبون الى الشافعى ومالك وأحمد ارجاع حقوق العقد حتى فى تلك الصورة الى الموكل دون الوكيل .

على أن الاطلاع على كتب الشافعية يتضح منه أن القول الذى ينسبه اليهم الحنفية ليس الا قولاً مرجوحاً عندهم (١) وأما رأى الذى عليه المعول فى المذهب الشافعى فهو أن حقوق العقد الذى لا يضاف الى الموكل ترجع الى الوكيل دون الموكل اذ نجد فى مختصر المزنى صاحب الشافعى - وهو من أقدم كتب المذهب - قوله :

« ولو وكله بشراء سلعة فأصاب بها عيباً كان له الرد بالعيب وليس عليه أن يحلف : ما رضى به الأمر . وكذلك المقارض وهو قول الشافعى ومعناه . (قال) وللوكيل والمقارض أن يردا ما اشتريا بالعيب وليس البائع أن يحلفهما : ما رضى رب المال » (٢) . كما نجد فى متن البهجة النورانية :

وحكم عقد بالوكيل يشكّل

وهو بمنزل واحد ينزل

ويقول صاحب « الفرر البهية » فى شرح صدر هذا البيت من أرجوزة ابن الوردي :

« (يشكّل) بالبناء للمفعول من شكّلت الكتاب اذا قيدته بالاعراب وأحكام العقد (٣) من رؤية وتفرق وشرط خيار وغيرها تقيّد وتعلّق بالوكيل دون الموكل لأنه العاقد حقيقة وله أن يفسخ بخيار المجلس وإن أجاز الموكل » .

(١) نهاية المحتاج ج ٤ ص ٢٨ .

(٢) عل هامش كتاب الأم ج ٣ ص ٩ - ١٠ .

(٣) المقصود بأحكام العقد هنا - كما هو ظاهر - ما يطلق الحنفية عليه اصطلاح « حقوق العقد » .

هذا عن حقوق العقد أما عن حكمه حتى في حالة عدم اضافة انعقد الى الموكل فان « الملك فيما يشتره الوكيل لا يثبت له أولا ثم ينتقل لموكله بل يثبت لموكله ابتداء على الأصح كما في شراء الأب لطفله ولأنه لو ثبت له ابتداء عتق عليه أبوه اذا اشتراه لموكله » (١) .
كما نجد في تحفة الحبيب (٢) قوله :

« أحكام (٣) عقد الوكيل كروية المبيع ومفارقة مجلس وتقابض فيه تتعلق به لا بالموكل لأنه العاقد حقيقة وللبيع مطابقة الوكيل كالموكل يضمن ان قبضه من الموكل سواء اشترى بعينه أم في الذمة فان لم يقبضه منه لم يطالبه ان كان الثمن معيناً لأنه ليس بيده وان كان في الذمة طالبه به ان لم يعترف بوكالته بأن أنكرها أو قال لا أعرفها فان اعترف بها طالب كل منهما به والوكيل كضامن والموكل كأصيل » .
وفي منهاج الطالبين (٤) :

« الوكيل بالبيع له قبض الثمن وتسليم المبيع ولا يسلمه حتى يقبض الثمن فان خالف ضمن » .
وفي المنهاج أيضا (٥) :

« واذا قبض الوكيل بالبيع الثمن وتلف في يده وخرج المبيع مستحقا رجع عليه المشتري وان اعترف بوكالته في الأصح ثم يرجع الوكيل على الموكل قلت وللمشتري الرجوع على الموكل ابتداء في الأصح والله أعلم » :

(١) « الدرر البهية » ج ٣ ص ١٩١ - وفي المباراة الأخيرة الخاصة بحكم العقد وجه خلاف بين المالكية وبين الحنفية الذين يقولون في هذه الصورة بشيوع الملك للموكل بالخلافة عن الوكيل - قارن ما نقلناه آنفا عن شرح فتح القدير .

(٢) ج ٣ ص ١٣٦ .

(٣) راجع هامش ٣ بالصفحة السابقة .

(٤) ج ٢ ص ٦١ .

(٥) ص ٦٦ - ٦٧ .

ويقول الشيرازي في « المهذب » (١) :

« فان وكله في الشراء ولم يدفع اليه الثمن فاشتره قفى الثمن ثلاثة أوجه أحدهما أنه على الموكل ، والوكيل ضامن ، لأن المبيع للموكل فكان الثمن عليه والوكيل تولى العقد والتزم الثمن فضمنه . فعلى هذا يجوز للبائع أن يطالب الوكيل والموكل ، لأن أحدهما ضامن والآخر مضمون عنه . فان وزن الوكيل الثمن رجع على الموكل وان وزن الموكل لم يرجع على الوكيل و (الثاني) أن الثمن على الوكيل دون الموكل ، لأن الذي التزم هو الوكيل فكان الثمن عليه . فعلى هذا يجوز للبائع مطالبة الوكيل لأن الثمن عليه . ولا يجوز مطالبة الموكل لأنه لا شيء عليه . فان وزن الوكيل رجع على الموكل لأنه التزم بأذنه وان لم يزن لم يرجع كما نقول فيمن أحال بدين عليه على رجل لا دين له عليه اذا وزن رجع واذا لم يزن لم يرجع ، وان أبرأ البائع الوكيل سقط الثمن وحصلت السلعة للموكل من غير ثمن . و (الثالث) أن الثمن على الوكيل ، وللوكيل في ذمة الموكل مثل الثمن ، فيجوز للبائع مطالبة الوكيل دون الموكل ، وللوكيل مطالبة الموكل بالثمن ولئن لم يطالبه البائع » .

وأخيرا نجد في « نهاية المحتاج الى شرح المنهاج (٢) » :

« وأحكام العقد تتعلق بالوكيل دون الموكل فيعتبر في الرؤية ولزوم العقد بمطابقة المجلس والتقايض في المجلس حيث يشترط كالربوي والسلم الوكيل لأنه العاقد دون الموكل فله الفسخ بخياره المجلس والشرط وان أجاز الموكل بخلاف خيار العيب (اذ) لا رد للوكيل اذا رضى الموكل لأنه لرفع الضرر عن المالك وليس منوطا باسم المتعاقدين

(١) ج : ص ٣٥٣ - ٣٥٤ .

(٢) ج : ص ٣٧ .

كما نيط به في التفسير بخيار المجلس بخير » البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » وبخيار الشرط بالقياس على خيار المجلس . وإذا اشترى الوكيل مطالبه البائع بالثمن إن كان دفعه إليه الموكل للعرف سواء اشترى بعينه أم في الذمة ولتعلق أحكام العقد بالوكيل ، وله مطالبة الموكل أيضا على المذهب . . . وإن كان الثمن في الذمة طالبه به دون الموكل إن أنكر وكالته أو قال لا أعلمها لأن الظاهر أنه يشتري لنفسه وإن العقد وقع معه . وإن اعترف بها (أى بالوكالة) طالبه به (أى بالثمن) أيضا في الأصح كما يطالب الموكل ويكون الوكيل كضامن لمباشرته العقد والموكل كاصل له المالك » .

وفي العبارة الأخيرة الدليل البين على أن هذا البحث كله يقتصر على الحالات التي يباشر فيها الوكيل العقد باسمه لا باسم الموكل أى الحالات التي تنتفي فيها النيابة بالاصطلاح الحديث وذلك لأن انكار البائع المتعامل مع الوكيل لو كالته أو قوله لا أعرفها لا يتصور إلا في حالة تعافد الوكيل باسم نفسه لا باسم موكله وهنا فقط يصح القول بأن « الظاهر أنه يشتري لنفسه » ففي هذه الصورة إذا انكشفت شخصية الموكل للبائع فيما بعد كان له — عند الشافعية — الخيار بين مطالبة الموكل وبين مطالبة الوكيل وهدم الاعتداد بصفته تلك التي لم تكن معروفة له وقت التعاقد .

١٥٢ — وخلاصة استعراض أقوال الشافعية في كتبهم أن القول الذي ينسب اليهم الحنفية ليس هو الممول عليه في المذهب بل إن الشافعية يوافقون الحنفية في أن حقوق العقد الذي لا يضاف إلى الموكل تكون للوكيل دون الموكل (١) .

(١) وقد استخلص من كتب الشافعية في هذه المسألة عن الذي استخلصناه هنا كل من الدكتور محمد يوسف موسى : « الفقه الإسلامي ، بحث في دراساته ونظام الماملات فيه » — القاهرة ١٩٥٤ — بند ٥٦١ ص ٣٨٧ ، والأستاذ مصطفى شلبي =

وعلى ذلك ينفرد بالخلاف في هذه النقطة المالكية والحنابلة فعندهم أن حقوق العقد شأنها شأن حكم العقد ترجع كلها الى الموكل سواء سماه الوكيل أو لم يسمه أى سواء أضاف الوكيل العقد الى نفسه أو الى موكله ، وفي هذا يقول ابن قدامة في « المغنى » (١) :

« ولا نسلم أن حقوق العقد تتعلق به وانما تتعلق بالموكل وهي تسليم الثمن وقبض المبيع والرد بالعيب وضمان الدرك فأما ثمن ما اشتراه اذا كان في الذمة فانه يثبت في ذمة الموكل أصلاً وفي ذمة الوكيل تبعاً كالضامن » .

وكذلك نجد في « كشاف القناع » (٢) :

« (وحقوق العقد) تسليم الثمن وقبض المبيع وضمان الدرك

= « نظام المعاملات في اللغة الاسلاميه - الاسكندرية ١٩٥٥ - ص ٣٤٥ - ٣٤٦ والدكتور وهبة الزحيلي : « اللغة الاسلاميه في أسلوبه الجديد » ج ٢ دمشق ١٩٦٨ ص ١٠٦ - ١٠٧ ، ومحمد رضا المائلي : « الوكالة في الفريفة والقانون » بغداد ١٩٧٥ بند ٤٧٨ وذهب الى العكس - أى الى معارضة المذهب الشافعى في هذه النقطة بالمذهب الحنفى ، المصنوعى : « مصادر الحق » ج ٥ ص ٢٨٨ - ٢٨٩ ، وأحمد إبراهيم : « احكام التصرف عن الغير » ص ٢٠٦ وأبو زهرة : « للملكية ونظرية العقد » بند ٢١٠ - ٢١١ ومحمد سلام مذكور : « المثل للغة الاسلاميه » ، القاهرة ١٩٦٣ ص ٦٢٢ .

والواقع أن اختلاف فهم الفقهاء الحديثين من الشافعية وكذا نقل الحنفية عنهم ما لا نجد له سنداً في كتب الشافعية التي بين أيدينا قد يكون مرجعه أن للشافعى مذهبين : قديم عراقى وجديد مصرى ولفقهاء الحنفية كانوا ولا شك أقرب الى مصادر مذهبه القديم فى بغداد . هذا الى أن المذهب الشافعى يعزى بكثرة الأقوال فيه واختلافها لأسباب منها رجوع صاحب المذهب فى جديده عن كثير مما كان قد قال به فى قديمه ، ومنها كذلك انتشار أصحاب الشافعى فى أطراف العالم الاسلامى مما استتبع اختلاف الأقوال بتأثير البيئة والعرف . انظر فى هذا : أبو زهرة « الشافعية » بند ١١٦ - ١٢٠ و ٢٢٢ - ٢٢٥ . وقد وافقنا على النظر المتقدم الأستاذ لبنان دى بلون فى كتابه « موسوعة القانون الاسلامى المأثور » ج ١ باريس ١٩٦٥ ص ٤٥٥ .

Yves Linaut de Bellefonds, Traité de droit musulman comparé, tome I, Paris, 1965, p. 455.

مشيراً الى كتابنا « دراسات فى النظرية العامة للنيابة » ، مطبعة جامعة الاسكندرية ١٩٥٩ .

(١) ج ٥ ص ٣٦٤ .

(٢) ج ٢ ص ٢٢٨ .

والرد بالعيب ونحوه. (متعلقة بالموكل لأن الملك ينتقل إليه) أى الموكل (ابتداء ولا يدخل) المبيع (فى ملك الوكيل) ٥٠ (ولا يطالب) الوكيل (فى الشراء بالثمن ولا) يطالب الوكيل (فى البيع بتسليم المبيع بل يطالب بهما الموكل) لأن حقوق العقد متعلقة به وفى المبنى والشرح ان اشترى وكيل فى شراء فى الذمة فكضامن وقال المجد وابن نصر الله وقال الشيخ تقي الدين فيمن وكل فى بيع أو شراء أو استئجار فان لم يسم موكله فى العقد فضامن والا فروايتان وظاهر المذهب يضمه فيحمل كلام المصنف على الثمن المعين ٥٠ (ويرد الموكل) المبيع (بعيب) أو تدليس أو غبن ونحوه (ويضمن) الموكل (المهدة) اذا ظهر البيع أو الثمن مستحقا أو معيبا (ونحو ذلك) من سائر ما يتعلق بالعقد لما تقدم من أن حقوق العقد متعلقة به دون الوكيل (١) « ٥

ومهما يكن من أمر فقد تبين من كل ما تقدم أن حكم مختلف مذاهب الشريعة متفق مع حكم القوانين الحديثة فى ايقاع آثار التصرف فى ذمة الأصل لا النائب وذلك فى جميع الصور التى تتحقق فيها النيابة بالمعنى الحديث أى فى جميع العقود التى تبرم باسم الأصل ويكون فيها العلم بوجود النيابة مشتركا بين النائب والغير المتعاقد معه ٥

أما الخلاف فيما وراء ذلك وهو الخلاف المبني على التفرقة بين حكم العقد وحقوقه فهو متصل بحالات تخرج عن نطاق النيابة حسب ما اصطلاح عليه الفقه الحديث لأنها حالات ينتفى فيها العلم بالنيابة ومثل هذه الحالات لا ترجع فيها القوانين الحديثة آثار التصرف الى الأصل ٥

١٥٣ - على أنه ينبغي التنويه بأن رجوع حكم العقد الى الموكل

(١) ونفس المعنى فى « شرح المنتهى » (على هامش المرجع السابق) ص ١٧٨ -

١٧٩ ، وكذلك فى « منتهى الإرادات » القسم الأول ص ٢٤٨ ٥

دون الوكيل رغم عدم التصريح بالوكالة لا يسرى على جميع أنواع العقود اذ يشترط الفقهاء لامكان رجوع الحكم الى الموكل الذي لم يصف اليه العقد أن يكون ذلك العقد مما تصح اضافته الى الوكيل ويستغنى عن اضافته الى الموكل وهذه الطائفة من العقود هي طائفة عقود المعاوضات المالية التي تمنعده بالقول فخرج بذلك عقد النكاح وتوابعه والهبة والقرض والاعارة ونحوها فهذه الأخيرة لا تنطبق عليها قاعدة رجوع حكم العقد الى الموكل رغم اضافة الوكيل العقد الى نفسه بل لابد لرجوع الحكم الى الموكل من اضافة العقد اليه صراحة والا وقع حكم العقد للوكيل (١) • وقالوا في تبرير ذلك ان تلك العقود الخارجة عن قاعدة رجوع الحكم الى الموكل دون الوكيل المتعاقد باسم نفسه قسمان :

- ١ - عقود لا تتراخى أسبابها عن أحكامها أى لا يدخلها خيار الشرط كالنكاح والخلع وما اليها من طلاق وعتاق •
- ٢ - عقود لا تتم الا بالقبض كالهبة والقرض والاعارة ونحوها فالقبض وهو عنصر متم للعقد لا يصح أن يقع من الوكيل باسمه شخصيا ثم يضاف الحكم الى الموكل بل لابد من اضافة العقد الى الموكل والا وقع للوكيل واعتبر الوكيل متعاقدا لحساب نفسه خارجا عن الوكالة •

وبامعان النظر في هاتين الطائفتين من العقود - ومع عدم الوقوف عند المبررات التي يوردها فقهاء الشريعة للفرقة بينهما - نجد أن الطائفة الأولى هي مما لا يعتد فيه عادة بشخصية المتعاقد لكونها من عقود المعاوضات المالية كالبيع والاجارة والبدل وما اليها • أما الطائفة الثانية بقسميها فهي عقود يكون للاعتبار الشخصى فيها

(١) • الوكيل يبرأ منه بینه لو لم يصف العقد الى الموكل يقع للموكل بخلاف النكاح • • المبسوط ج ١٩ ص ٣٤ •

المقام الأول كالزواج والهبة والقرض الخ. وعلى هذا فقاعدة رجوع حكم العقد للموكل دون الوكيل رغم عدم التصريح بالوكالة في عكسود الطائفة الأولى هي في الواقع توسيع من نطاق الأثر المباشر للنيابة اد ترجع الشريعة حكم العقد الى الأصيل رغم عدم انعقاد العقد باسمه وذلك لكون المتعاقد مع الوكيل لا يهتم بشخص الطرف الآخر في العقد ولذا فلم تجد الشريعة بأسا من تحقيق المقصود من النيابة بإيقاع حكم العقد في ذمة الأصيل رأسا رغم عدم انعقاد العقد باسمه (١) .

ولا تخلو كتب فقهاء الشريعة من الماع الى هذا المعنى اذ نجد في حاشية الفرر البهية (٢) قوله : « ولو قال بعتك فقال قبلت لموكلتي صح على المعتمد وان نوى البائع الوكيل وتلفو هذه النية لأنها معاوضة المقصود منها الموض فلا تضر مخالفة نية الموجب لما قبله القابل بخلاف الهبة . فان نوي معا (في الهبة) الموكل أو صرحا به أو نواه أحدهما وصرح به الآخر وقع له . وان أطلق الواهب مثلا وصرح الوكيل بالموكل أو نواه بطل العقد أى لعدم موافقة القبول للايجاب بخلاف البيع » .

(١) قارن المادة ١٠٦ من القانون المدني المصري التي تنص في ختامها على رجوع آثار العقد للأصيل رغم عدم التصريح بالنيابة متى كان يستوي لدى الغير أن يضمحل مع الأصيل أو النائب . على أن يفي أحكام الشريعة ويؤلف حكم القانون المدني المصري في المادة ١٠٦ فروقا أهمها :

(أ) أن تحرير ما اذا كان يستوي لدى الغير أن يتعاقد مع الأصيل أو النائب - وبالتالي رجوع آثار العقد للأصيل طبقا للمادة ١٠٦ - مسألة تقديرية متروكة للقاضي حسب ظروف كل حالة بينما الحكم الشرعي يضع قاعدة عامة لا مجال في تطبيقها لسلطة التفسير التقديرية .

(ب) أن معيار المصلحة التي تكون للغير في التعاقد مع الأصيل أو مع النائب هو معيار شخصي ينظر فيه الى الخصائص لدى الشان بالذات في كل حالة بذاتها ، أما معيار القاعدة الشرعية فهو معيار موضوعي يستلزم الرجوع فيه الى نوع العقد الذي ترواه النائب .

(٢) ج ٣ ص ١٩٠ .

وهكذا تخلص لنا من استقصاء قواعد النسيابة في الشريعة الإسلامية ومقاومتها ببشائرها في القوانين الحديثة نتيجة هامة هي أن دائرة الأثر المباشر للنسيابة أوسع في الشريعة منها في القوانين الحديثة إذ ترجع الشريعة الفراء آثار العقد الى الأصل في حالات لا يتم فيها ذلك طبقاً للقوانين الحديثة إذ هذه الحالات هي من قبيل ما يسمى في الاصطلاح الحديث بالاسم المستعار لأن النائب فيها يتعاقد باسمه هو لا باسم الأصل ولذا تلحقه هو آثار العقد دون الأصل . وفي اتساع نطاق الأثر المباشر للنسيابة في الشريعة عنه في القوانين الحديثة تفصيل على الوجه الآتي :

١ - فالمذاهب الأربعة مجمعة على رجوع حكم العقد - وهو أهم آثاره - الى الأصل رغم عدم التصريح بالنسيابة وذلك في تلك العائفة من العقود التي يمتنع عن اضافتها الى الموكل وهي كما قلنا عقود المعاوضات المالية التي تتمتع بالقول .

٢ - والحنابلة ومهم المالكية (١) - وكذلك القول المنسوب الى الشافعي في كتب الحنفية - يذهبون الى أبعد من ذلك فيرجعون سائر آثار العقد - وهي المسماة بحقوق العقد - الى الأصل كذلك باعتبارها من توابع الحكم بمعنى أنها آثار ثانوية للعقد ترجع اليه

(١) تضمنت الإشارة الى كتب للحنابلة ، أما من المالكية فنجد في « الملونة الكبرى »

ج ١٠ ص ٨٧ - ٨٤ ما يلي :

« (قلت) أرايت ان وكلت وكيلاً أن يسلم لي في طعام أو يبتاع لي سلعة يمينها ففعل ولم يذكر عند عقده الشراء للبائع أنه إنما يبتاع لغيره - وقد شهد الشهود عليه أنه أقر بأنه إنما ابتاع لي أو شهد الشهود عليه حين أمرته بذلك - لمن تكون الممنوعة هنا للمركب على البائع ثم الأمر (قال) لا . ولكنها للأمر على البائع . وقال اشهب السلسلة يمينها أو بغير عينها الشهادة على البائع للأمر .. (قلته) وكذلك لو وكلت وكيلاً يبيع له سلعة فباعتها لم يكن له أن ينقل ولا يضح من ثمنها شيئاً .. (قال) نعم .. (قلته) وهذا قول مالك .. (قال) نعم » .

الأصيل بما لرجوع الآخر الرئيسى للعقد - أى حكم العقد - اليه على ما سلف شرحه .

وبلاحظ أن رجوع حقوق العقد الى الموكل برغم عدم اضافة العقد اليه انما يتجلى فى مطالبة الموكل للغير الذى تعاقد معه الوكيل أكثر من تجليه فى مطالبة ذلك الغير للموكل فحيثما وجدنا أن للأصيل أن يطالب الغير بما يرتبه له العقد من حقوق برغم اضافة الوكيل العقد الى نفسه لا الى الموكل جاز لنا أن نقول ان حقوق العقد ترجع الى الأصيل أما حيث يتعلق الأمر بمطالبة الغير بحقوقه الناشئة عن العقد فلا دلالة للنص على امكان مطالبة الوكيل بتلك الحقوق على رجوعها الى الوكيل دون الموكل وذلك لأن الغير فى هذه الصورة التى تعنينا بالذات (صورة عدم اضافة العقد الى الموكل) قد لا يعرف الا الوكيل الذى تعاقد معه دون الموكل ، ومن ثم نرى أن تقدير ما اذا كانت حقوق العقد تتعلق بالموكل أو بالوكيل انما يكون - ابتداءً والى أن ينكشف للغير وجود الوكالة - من زاوية الحقوق التى للموكل قبل الغير لا من زاوية الحقوق التى للغير قبل الموكل .

وتوضح ذلك نأخذ مثال الرد بالميب فى عقد البيع الذى يعقده وكيل المشتري دون اضافته الى الموكل فنجد أنه عند المالكية لا رد الا للموكل واذا رد الوكيل « فالأمر بالخيار فيما فعل المأمور من الرد ان شاء أو جاز رده وان شاء نقضه وارتجع السلعة الى نفسه ان كانت قائمة وان كانت قد فانت فله أن يضمن المأمور لأنه المتعدي فى الرد لسلعة قد وجبت للأمر » (المدونة الكبرى ج ١٠ ص ٨٣) وكذلك الحكم عند الحنابلة حيث « لموكل أن يرد بعيب ما اشتراه وكيله لأنه حق له فملك الطلب به كسائر حقوقه » (شرح المنتهى ج ٢ ص ١٧٨) . أما عند الحنفية فالحكم على التقيض اذ لا مطالبة للموكل قبل الطرف الآخر الا اذا وكله الوكيل فى تلك المطالبة « لأن الأمر فى حقوق

العقد كالجنبى آخر» (الميسوط ج ١٩ ص ٥٢) «واذا وجد الوكيل (بالشراء) فى العبد عيبا فله أن يردّه ولا يستأمر فيه لأن الرد بالعيب من حقوق العقد وهو مستبد بما هو من حقوق العقد» (الميسوط ج ١٩ ص ٥٨) • فقارن بين وكيل ليس له أن يرد بالعيب وإذا رد بالعيب يعتبر متعددا ويحق للموكل أن يلزّمه التعويض وبين وكيل هو المستبد بكل حقوق العقد وله أن يرد بالعيب دون الرجوع الى موكله بل ان ذلك الموكل ليس له أن يستعمل حقوق العقد الا أن تصدر له من وكيله نفسه وكالة فى ذلك ، فمن هذه المقارنة يتضح بجلاء أن المالكية والحنابلة فى جانب وأن الحنفية فى الجانب الآخر فالأولون يجعلون حقوق العقد الذى لا يضاف الى الموكل راجعة الى هذا الأخير فيوجدون بذلك علاقة قانونية مباشرة بين الموكل وبين الغير الذى تعاقد معه الوكيل والآخرين يرجعون حقوق مثل ذلك العقد الى الوكيل دون الموكل فتنتهى بذلك العلاقة المباشرة بين الموكل وبين الغير •

وبناء على ما تقدم فان العبارات التى ترد فى كتب المالكية مفيدة أن للغير أن يرجع على الوكيل غير كافية فى الدلالة على أن حقوق العقد عند المالكية تتعلق بالوكيل اذ أن الدلالة الحقيقية فى هذا الصدد هى — كما قلنا — لرجوع الموكل على الغير لا لرجوع الغير على الوكيل الذى قد لا يعرف الغير سواء ، وقد اتضح بجلاء فى مسألة الرد بالعيب الفرق بين قول المالكية وقول الحنفية فى هذا الصدد •

هذا وقد استخلص الأستاذ السنهاورى من مذهب مالك عين الذى استخلصناه هنا وقرن بينه وبين المذهب الحنبلى فى رجوع حقوق العقد الى الموكل برغم عدم اضافة العقد اليه (مصادر الحق ج ٥ ص ٢٤٧) ولكنه عاد فى المرجع نفسه (ص ٢٨٤) فقرر أن حقوق العقد فى المذهب المالكي تتعلق بالوكيل ، ونرى للأسباب المتقدمة أن الذى فى الموضع الأول هو الأرجح •

١٥٤ - وعلى ذلك فتنشأ بموجب قواعد الشريعة القراء في مائة مئة من العقود علاقة قانونية مباشرة بين الأصليل وبين الغير الذى تعاقد معه النائب رغم عدم تصريح النائب بنيابته أى رغم عدم انعقاد العقد باسم الأصليل وهو ما لا يتحقق - بهذا الاطلاق والعموم - طبقاً للقوانين الحديثة واذن فالشريعة قد ذهبت بالأثر المباشر للنياابة الى مدى أبعد مما وصلت اليه القوانين الحديثة حتى الآن ، على أن القانون الانجليزى والقانون الأمريكى يتضمنان نظاماً يسمى بنظام « الأصليل المستتر » undisclosed principal تشبه قواعده الى حد بعيد قواعد الشريعة فى هذه الناحية .

فمن المقرر فى القانون الانجليزى وكذلك فى القانون الأمريكى أن النائب اذا تعاقد مع الغير باسمه هو دون أن يكشف عن نيابته أصلاً ثم انكشف للغير وجود النياابة وعرفت شخصية الأصليل كان له أن يرجع بتنفيذ الالتزامات التعاقدية اما على النائب الذى تعاقد معه واما على الأصليل الذى كان مجهولاً له عند التعاقد فيكون له بذلك مدينان يرجع على أيهما شاء وهو ما يسمونه بالمديونية البديلة alternative liability وكذلك الأصليل له أن يرجع بتنفيذ العقد على الغير المتعاقد مع النائب مباشرة بلا حاجة الى توسط النائب على أن هذا الغير يكون له فى هذه الحالة الحق فى دفع دعوى الأصليل بكافة الدفوع التى كانت له قبل النائب بما فيها المقاصة . وخيار الغير المتعامل مع النائب فى هذا النظام يستتفد باستعماله مرة واحدة بمعنى أنه ليس لهذا الغير أن يرجع على النائب بعد أن يكون قد اختار الرجوع على الأصليل وبالعكس (١) والشبه بين نظام الأصليل المستتر

(١) انظر فى القانون الانجليزى :

Halsbury's Laws of England, vol. I, para. 490 et seq. ; Chitty on Contracts, London 1962, vol. II, para. 64 et seq. ; Sutton and Shannon on Contracts.

في القانون الانجليزي والقانون الأمريكي وبين قواعد الشريعة
الاسلامية في آثار النيابة متوفر من أكثر من وجه :

١ - فتمت تلك العلاقة المباشرة التي تنشأ بين الأصل وبين الغير
المتعاقد مع النائب رغم الجهل بالنيابة وقت إبرام العقد أى أن الإثر
المباشر للنيابة يترتب في النظمين في صورة ينعدم فيها ذلك الإثر
المباشر في سائر القوانين الحديثة •

٢ - وأيضاً فالخيار المقرر للغير في القانون الانجليزي والقانون
الأمريكي في الرجوع على النائب أو على الأصل مقرر له كذلك في
الشريعة الاسلامية اذ تقرأ في (تحفة الحبيب ج ٣ ص ١٢٦) ما يلي :

« فإن اعترف (الغير الذى باع للوكيل) بها (أى بالوكالة)
طالب كلا منهما به (أى بلشمن) والوكيل كضامن والموكل كأصيل »
وتجده في (نهاية المحتاج ج ٤ ص ٣٨) قوله :

London 1963, Arts. 169 et seq. ; Anson on Contract and Agency, London
1959, p. 518 et seq. ; Stoljar, pp. 203-233

وانظر في القانون الأمريكى
Restatement, 2nd (1958), Agency, Section 209 et seq. ; Mechem, Outlines of
the Law of Agency, Chicago 1952, Sect. 145 et seq. ; Ferson, Sect. 156-
180.

وجدير بالملاحظة أن المشروع التمهيدى الأخير لقانون موجد بشأن النيابة الذى أصدره
للمعهد الدول لتوحيد القانون الخاص في أكتوبر ١٩٧١ قد أُنشئ في المادتين ٢ و ٢٦ منه
بنظام الأصل للمستتر • وواضح من الأعمال التحضيرية للمشروع ان ذلك يرجع الى
اشتراك الفقهاء الانجليز والأمريكيين في أعمال اللجنة المشكلة من ممثل حكومات الدول
الأعضاء في المعهد وأن القصد من ذلك جعل مشروع القانون للوحدة مقبولا من أكبر عدد
من الدول على اختلاف نظمها القانونية • انظر نصوص المشروع المذكور في ملحق هذا
الكتاب • وليس هذا المشروع أول تجميع دول لقواعد النيابة ينص على هذا المنحى لأن مشروع
توحيد قواعد تنازع القوانين بشأن النيابة الذى أعدته جماعة القانون الدولى في مؤتمرها
المعقد في لوسرن سنة ١٩٥٢ قد نص في مادته الثانية على تعريف للنيابة يشمل
حالات تمثيل النائب باسمه هو لحساب الأصل ولا يقتصر على الحالات التى يعاقد فيها
النائب باسم الأصل ، وكذلك فعلت اتفاقية لأمى للمفردة سنة ١٩٧٧ في مادتها
الأولى •

« وان اعترف (أى الغير المتعاقد مع الوكيل) بها (أى بالوكالة)
طالبه به (أى بالثمن) أيضا فى الأصح وان لم يضع يده عليه كما
يطالب الموكل ويكون الوكيل كضامن لمباشرته العقد والموكل كأصيل
لأنه المالك ومن ثم رجح عليه الوكيل اذا غرم » .

كما نجد المعنى نفسه فى « المغنى » اذ يقول (ج ٥ ص ٢٦٤) :
« فاما ثمن ما اشتراه (الوكيل) اذا كان فى الذمة فانه يثبت فى
ذمة الموكل أصلا وفى ذمة الوكيل تبعا كالضامن وللبيائع مطالبة من
شاء منهما فان أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل واذا أبرأ الموكل برىء
الوكيل أيضا كالضامن والمضمون عنه سواء » .

وكذلك يقول البهوتى فى « شرح المنتهى » (ج ٢ ص ١٧٨ -
١٧٩) : « وان علم مشتر بالوكالة فلا طلب له على وكيله والا فله
طلبه ابتداء للتقرير . وان اشترى وكيل بضمن فى ذمته ثبت فى ذمة
الموكل أصلا وفى ذمة الوكيل تبعا كالضامن وللبيائع مطالبة من شاء
منهما وان أبرأ الموكل برىء الوكيل لا عكسه » .

على أن الخيار المقرر فى الشريعة يختلف عن الخيار المقرر فى
القانون الانجليزى من حيث أن الرجوع على أى من الاثنین (الاصل
أو النائب) فى هذا الأخير يستتبع النزول عن الرجوع على الآخر بغير
تفرقة ، بينما مقتضى القياس على الضامن والمضمون فى الشريعة أن
الرجوع على النائب لا يمنع من الرجوع بعد ذلك على الأصيل اذا لم
يشتر الرجوع على نائبه لأن الأصيل فى حكم المدين الأصلي واذن
فالقانون الانجليزى يسوى فى المسؤولية بين المدينين البديلين إما
الشريعة فترتب مسئوليتيهما بالقياس على مسئوليتى الضامن والمضمون .

وفى هذه النقطة وجه خلاف بين القانون الانجليزى والقانون
الأمريكى ففى الولايات المتحدة لا يسقط حق الغير فى الرجوع على

النائب لمجرد أنه كان قد بدأ بمطالبة الأصل أو بالعكس وانما يترتب على صدور حكم ضد أحدهما عدم إمكان مطالبة الآخر اللهم الا اذا كان الغير قد حصل على حكم ضد النائب قبل أن تنكشف له شخصية الأصل ففى هذه الحالة يكون للغير أن يعود فيقاضى الأصل متى وجد له مصلحة فى ذلك كأن يكون الأصل مثلا أكثر ملاءة من النائب (١) •

والقانون الأمريكى فى عدم ترتيبه على مجرد مطالبة أى من الأصل أو النائب سقوط حق الغير فى مطالبة الآخر يقترب من أحكام الشريعة بأكثر مما يفعل القانون الانجليزى (٢) •

ويرى العلامة السهنورى (٣) أن نظام الأصل المستتر فى القانون الانجليزى وهو فى الواقع مرحلة الى الأمام فى نظام الاسم المستعار الذى تعرفه القوانين اللاتينية والجرمانية فان هذا النظام الأخير لا يجعل العلاقة مباشرة بين الأصل والغير بل يتوسط بينهما النائب ويرجع كل منهما عليه دون أن يرجع أحدهما على الآخر أما النظام الانجليزى فيسمح بهذا الرجوع ويضيف أستاذنا الكبير السهنورى أن نظام القانون الانجليزى فى هذا الصدد ظاهر أنه لا ينطبق الا فى العلاقات المالية التى لا اعتبار فيها للشخص فلا ينطبق على وعد بالزواج أو على ايجار العمل الخ •

(١) أنظر : Restatement, 2nd (1958), Agency, Sections 209, 220-337;

Mechem, § 158, Coppola, Sect. 50 and 66.

(٢) أنظر فى لتصيل المقارنة بين الشريعة والقانون الانجليزى فى امر النيابة

بحقنا المنشور فى المجلة الدولية للقانون المقارن ١٩٦٥ ص ٣٧٩ - ٣٩٤ •

Badr, La tendance objective en matière de représentation dans la common law et le droit islamique, in La Revue Internationale de Droit Comparé, 1965, pp. 379-394.

وقد أبرزنا فى هذا البحث أن أحكام الشريعة. أحكام القانون الانجليزى تمثل اتجاها موضوعيا واضحا بالمقابلة للاتجاه الشخص الذى تتميز به القوانين اللاتينية •

(٣) نظرية العقد - منه ٢١٠ ص ٢١٨ حاشية • •

ونعتقد أننا أثبتنا فيما تقدم أن الشريعة الإسلامية قد سبقت القانون الانجليزي الى ذلك كله اذ قوت للنياية أثرا مباشرا يربط الأصل والغير في حالات تدخل ضمن ما تسميه القوانين الحديثة الاسم المستعار ولا تعرف بشأته الأثر المباشر للنياية وبذلك كانت دائرة النياية أوسع في الشريعة الإسلامية منها في القوانين الحديثة كما ذكرنا من قبل .

١٥٥ - ولا يسعنا في ختام هذا العرض لأثر النياية في الشريعة الا أن ندلى بما نظن أنه تصويب لما قيل من أن مذهب أبي حنيفة بهذا الصدد قريب من القانون الروماني وأن مذهب الشافعي قريب من القانون الحديث (١) فقد رأينا أن الحنفية وغيرهم من سائر المذاهب الأربعة متفقون على رجوع آثار تصرف النائب الى الأصل رأسا في جميع الحالات التي يبرم فيها النائب التصرف باسم الأصل وهي وحدها التي تتحقق فيها النياية في القوانين الحديثة كماعدة عامة . أما ما عدا ذلك من الحالات فهي في حكم القوانين الحديثة فخرج عن نطاق النياية ومع ذلك فمذاهب الشريعة الإسلامية تقر في

(١) نظرية العقد بند ٢٠١ ص ٢٠٩ حاشية ١ و د الوسيط ج ١ بند ٨٣ حاشية ١ : « وفي الشريعة الإسلامية اختلفت للمذاهب في هذا الموضوع ، فأبو حنيفة يرجع حكم العقد الى الموكل أما حقوق العقد فيرجع الى الوكيل وهو في هذا قريب من القانون الروماني على النحو الذي تقدم ، والشافعي يرجع حكم العقد وحقوقه الى الموكل دون الوكيل وهو في هذا يتفق مع القانون الحديث » . ونظن أن هذا القول يرد عليه ماخذل :

الأول : أنه لا يصح الا عن العقود التي يضيفها الوكيل الى نفسه لا الى موكله أي العقود التي لا يبرم باسم الأصل وحده - كماعدة عامة - فتخرج أصلا عن نطاق النياية في القانون الحديث لانتهاء تعامل النائب مع الغير باسم الأصل - أما العقود التي يقدّمها الوكيل باسم موكله فأكادها جميعا حكما وحقوقا - تلحق في الشريعة الإسلامية بالأصل مبادرة على ما سنبينها في بيانه .

الثاني : أن الرأي المنسوب هنا الى الشافعي هو الذي يرويه عنه الحنفية في كتبهم وليس المذهب في كتب الشافعية .

هذه الحالات الأخيرة الأمر المباشر للنيابة على تفاوت بينها مبناه التفرقة بين ما يسمونه حكم العقد وما يسمونه حقوق العقد على ما شرحناه آنفاً ،

وعلى ذلك فإن التسوية بين مذهب أبى حنيفة فى إرجاع حقوق انعقد الى الوكيل وبين القانون الرومانى الذى لم يكن يقر الأثر المباشر للنيابة كأصل ، لا تستقيم الا اذا قارنا حكم القانون الرومانى فى عمومته بخصوص حكم المذهب الحنفى فى حالات تعاقد الوكيل باسم نفسه لا باسم الموكل وهى مقارنة غير سليمة لتفاوت الأسس التى تقوم عليها اذ هذه الحالات الأخيرة تخرج عن نطاق النيابة فى القانون الحديث نفسه بله القانون الرومانى ، والمذهب الحنفى فى هذه الحالات الأخيرة قسمها يذهب الى أبعد مما تذهب اليه القوانين الحديثة اذ يرجع أهم آثار العقد - وهو ما يسميه حكم العقد - الى الأصل رأساً ولا يحتفظ للنائب الا بالآثار الفرعية المسماة بحقوق العقد وبذلك يتضح مدى الاختلاف ما بين المذهب الحنفى والقانون الرومانى فى هذا الصدد .

١٥٦ - هذا وان رأى الذى أوردناه هنا عن حكم الشريعة بمختلف مذاهبها فى مسألة الأمر المباشر للنيابة سبق أن نادينا به أول مرة - بأقل من هذا التخصيل - فى الطبعة الأولى من هذا الكتاب سنة ١٩٥٤ حيث قلنا بعد استعراض قواعد الشريعة فى مختلف المذاهب استعراضاً موجزاً :

« وواضح أن حكم الشريعة بمذاهبها المختلفة متفق مع حكم القوانين الحديثة فى إرجاع آثار التصرف الى الأصل دون النائب فى جميع الصور التى تتحقق فيها النيابة بالمضى الحديث أى فى جميع

المعقود التي يكون فيها العلم بوجود النيابة مشتركا بين النائب
والغير المتعاقد معه « (١) » .

ولم يكن يذهب الى هذا الرأي أحد من الشراح حتى ذلك
الحين والى ما يعلمه (٢) الى أن وجد هذا الرأي سنداً نفى به فيما
اتهمى اليه العلامة السنهوري - طيب الله ثراه - في الجزء الخامس
من « مصادر الحق في الفقه الاسلامي » (٣) ففيه رجع المؤلف عما
كان قد قال به في « نظرية العقد » وفي « الوسيط » مورداً مبررات
هذا الرجوع وأسباب القول بالرأي الأول (٤) وانهى الى أنه :

« في الحالة الأولى (حالة تعامل النائب باسم الأصل) تكون
النيابة كاملة في الفقه الغربي اذ يختفى شخص النائب ، وتقوم العلاقة
مباشرة بين الأصل والعاقد الآخر ، فيكسب الأصل الحقوق المتولدة

(١) « النيابة في الصفقات القانونية » - الاسكندرية ١٩٥٤ ص ١٦٤ .

(٢) قانون مدني : شليق شحاتة - في دروس الدكتوراه لسنة ١٩٥٧ (ج ١ الا
الكتابة) ، وفي « المجلة الدولية للقانون المقارن » السنة الثامنة (١٩٥٦) ص ٥٢٨ - ٥٤٦
وبخاصة الفترات ٣٧ و ٤٠ و ٤١ - ولا تقلقنا الإشارة الى أن الأستاذ الدكتور شحاتة
في رسالته التي نوقشت سنة ١٩٣٦ - وكانت فاتحة طيبة لدراسة الشريعة على النهج
العلمي الحديث - (النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية - الجزء الأول -
طرق الالتزام - القاهرة - طبعة الاعتماد بدون تاريخ) - كان قد قرر أن « الفقه الاسلامي
يعلم مبدأ النيابة العامة » . ومبدأ النيابة هذا لم يصل اليه التشريع الروماني الا
بعد جهاد عنيف وقد بقي مجهولاً من التشريع الفرنسي القديم . أما الفقه الاسلامي
فقد قال بالنيابة العامة الى حدود بعيدة جداً (المرجع المذكور البنود
١٩٠ - ١٩٩) . وقد زود هذا القول هناك غير مصدق الى التصوص الفقهي . كما انه
جاء ضمن الملحق العامة للرسالة التي استعرض فيها المؤلف نظرية الالتزامات في
الشريعة استعراضاً عاماً يكون « ميلاً وقتياً » يساعد على تتبع الدراسات المقبلة التي
شرع فيها المؤلف (بنو ٣٦) ، ومن ثم فالظاهر أن المؤلف انتهى الى المؤلف في مقاله
النشور في « المجلة الدولية للقانون المقارن » سنة ١٩٥٦ ثم في دروس الدكتوراه لسنة
١٩٥٧ والتي نشرت في « مجلة العلوم القانونية والاقتصادية » - السنة الأولى - ١٩٥٩
(المرجع السابق) هو قوله النهائي المستند الى خصوص المذهب الحنفي .

(٣) القاهرة سنة ١٩٥٨ - ص ٣٠٨ .

(٤) ص ٢٤٩ - ٢٥٠ من المرجع المذكور .

من العقد الذي يشره النائب ، وترتب في ذمته الالتزامات التي أنشأها هذا العقد فيطالب العاقد الآخر رأساً بهذه الحقوق ويطلبه المساعد الآخر رأساً بهذه الالتزامات . وهذا هو أيضاً شأن الفقه الاسلامي ، لم يقصر عن ادراك مدى النيابة كاملاً في هذه الحالة ، ولم يتخلف عن الفقه الغربي خطوة واحدة فإن الوكيل في الفقه الاسلامي اذا أضاف العقد الى موكله انصرف حكم العقد وحقوقه جميعاً الى الموكل لا الى الوكيل وكانت النيابة كاملة ومن ثم يختص شخص الوكيل وتصيب العلاقة مباشرة بين الموكل والعاقد الآخر ، ويرجع الموكل على العاقد الآخر رأساً بما كسبه من حقوق العقد كما يرجع العاقد الآخر على الموكل رأساً بما كسبه هو أيضاً من هذه الحقوق . لا فرق في كل ذلك بين الفقه الاسلامي والفقه الغربي الحديث فليس هناك شك في أن الفقه الاسلامي قد وصل بنظرية النيابة الى أبعد مدى وصل اليه الفقه الغربي الحديث .

ويضيف المؤلف الى ذلك قوله (ص ٣١٠) :

« أحسن الفقه الاسلامي كل الاحسان في صرف حكم العقد وحقوقه الى الموكل اذا أضيف العقد اليه فهذه نيابة كاملة سبق فيها اتفق الفقه الاسلامي الفقه الروماني وكان هذا الفقه الأخير يقف عند حدود الرسالة لا يتعداها الى النيابة وضاهى الفقه الاسلامي فيها الفقه الغربي الحديث فلم يتخلف عنه خطوة واحدة » .

وقد استقر هذا الرأي الآن في الفقه الحديث (١) .

١٥٧ - الأصيل اذن هو الذي ترتب في ذمته مباشرة آثار التصرف الحاصل بطريق النيابة لأن نيابة النائب ليست نيابة في الالتزام بأحكام العقد وانما هي نيابة في انشاء العقد ، وعلى هذا فالأصيل

(١) انظر رسالة الأستاذ محمد رضا العالي : « الوكالة في الشريعة والفائون

بغداد ١٩٧٥ خصوصاً البنود ١٩ - ٢٢ و ٢٣ - ٢٤ » .

ـ دون النائب ـ هو الذى يكتسب من ذلك التصرف حقوقا ويلتزم بمقتضاه بالتزامات وهو ـ دون النائب ـ الذى له أن يطالب الطرف الآخر بالتنفيذ اللهم الا اذا كانت نيابة النائب تشمل تنفيذ العقد ولا تقتصر على ابرامه فهنا يكون له أن يتولى الوفاء والاستيفاء بصفته نائبا في ذلك عن الأصل (١) .

وغنى عن الذكر أن التزام الأصل بآثار تصرف النائب هو حكم قاعدة النيابة التى تنطبق متى توافرت شروطها بلا حاجة الى قبول الأصل للالتزام بتلك الآثار ، وبالتالي فليس للأصل ـ متى وجب انطباق قاعدة النيابة ـ أن يقبل بعض آثار تصرف النائب ويرفض البعض الآخر اذ أن تصرف النائب وحدة لاتتجزأ وآثار ذلك التصرف تلحق الأصل بحكم قاعدة النيابة دون أى اجراء آخر . ولا يخفى أن من الحالات ما لا يحتاج فيه انطباق قاعدة النيابة الى رضا الأصل أصلا لا مقدما ولا بعد ابرام التصرف وذلك كما فى صور النيابة اتانوية وفى الفضالة عندما يكون التصرف نافعا نفعا محضا ، بل أن هناك حالات تنطبق فيها قاعدة النيابة وترجع آثار التصرف الى الأصل رغم ما قد يكون لهذا الأخير من ارادة مخالفة وذلك كما فى حالات النيابة الظاهرة التى تقوم فيها النيابة على حالة واقعية لا علاقة لها بارادة الأصل الحقيقية .



١٥٨ ـ يدخل كثير من الفقهاء ضمن آثار النيابة بالنسبة

(١) يلاحظ فى النيابة اتانوية أن مداها يشمل دائما تنفيذ التصرفات التى يعقدها النائب وذلك لأنها فى حالات النيابة اتانوية أمام شخص مجهود اليه بتولى كافة شئون الذمة المالية لشخص آخر مقصود من الشارع بالرعاية والحماية ولا يتحقق ذلك الا لم تشمل نيابة النائب حق الاستيفاء والوفاء والا ظلت تصرفات النائب اتانوي عقيمة لا يستفيد منها الأصل ولهذا فان مدى نيابة النائب اتانوي يسمح دائما لتنفيذ التصرفات التى يجريها باسم الأصل . انظر عايدى ص ٢٢٩ .

للأصيل . مسئوليته قبل الغير عما قد يقع من النائب من خطأ تقصيرى
مناسبة ابرام التصرف الحاصل بطريق النيابة ويتكلمون عن هذه
المسئولية فى كلامهم على أثر النيابة ، والواقع عندنا أن هذه المسئولية
لا تدخل فى نطاق آثار النيابة بالنسبة للأصيل فهى مسألة غريبة عن
النيابة وتدخل ضمن نظام قانونى آخر كما سيتبين مما يلى :

يتصل البحث فى مسئولية الأصيل عن أعمال النائب غير المشروعة
أوثق اتصال بالترقة الجوهرية بين مجال التصرفات القانونية ومجال
الوقائع القانونية وينبغى استحضار تلك التفرقة فى الذهن عند
محاولة تأصيل تلك المسئولية وعن اغفالها تحت لمزاليق التى أدت
بعض الشراح وبجانب من أحكام القضاء الى القول باعتبار الأصيل
- بوصفه ذاك - مسئولا مسئولية تقصيرية عن تعويض للضرر الذى
يصيب الغير من جراء عمل النائب غير المشروع .

فالنيابة بحكم كونها احلالا لارادة النائب محل ارادة الأصيل
فى ابرام التصرف ينحصر مجالها فى التصرفات القانونية سواء كانت
عقودا أو تصرفات بالارادة المنفردة أما المسئولية التقصيرية سواء عن
الخطأ الشخصى أو خطأ الغير فهى مؤسسة على العمل غير المشروع
وهو واقعة قانونية لا علاقة لها بالارادة كمصدر للآثار القانونية ولذا
فهى بعيدة عن مجال التصرفات القانونية القائمة على الارادة . ومن ثم
يبين بوضوح أن الربط بين المسئولية التقصيرية عن خطأ النائب وبين
موضوع آثار النيابة ينطوى على خلط بين مجالين متميزين من مجالات
النشاط القانونى وأن حل مسألة مسئولية الأصيل عن خطأ النائب
لا يمكن الوصول اليه فى نطاق علاقة النيابة (١) .

(١) من أحكام القضاء الفرنسى التى استند اليها من قال بمسئولية الوكيل عن
خطأ الوكيل - بوصفها ذاك - حكمان أحكما قديم والآخر أحدث وهذا ويوضح من
النظر فيهما مدى الخلط الذى وقع بين المقتضى وبين السبل غير المشروعة . كما يوضح

ويفرق الفقه التقليدي بصدد مسئولية الأصل عن خطأ نائبه بين مختلف أنواع النيابة جاعلا لكل نوع حكما خاصا بالنسبة لتلك المسئولية : ففي النيابة القانونية نجد أنه من المقرر أن القاصر أو ناقص الأهلية غير مسئول عن خطأ نائبه القانوني (١) أما في النيابة الاتفاقية فمن المقرر أن الأصل مسئول عما يرتكبه نائبه من خطأ .

= ان الجزء في والتي حذرن الحكيم الى فكرة المسئولية التصهيرية من أعمال الوكيل نافلة في غير محلها .

الحكم الأول صادر من محكمة استئناف الجزائر في ٧ يوليو سنة ١٩٩٩ (دالوز ١٩٠١ - ٢ - ١٨١) وفيه استندت المحكمة الى فكرة المسئولية التصهيرية التي تقع على الوكيل من جراء خطأ الوكيل وذلك لالزام مودع لديه بتبويض المودع عن فقد الوديعة التي بدعها وكيل المودع لديه وكان مكلفا بتسليمها لمصاحبها ، وظاهر من هذه الواقعة أنه لا حاجة أصلا الى اثار فكرة المسئولية التصهيرية ولا الى القول بان تبديد الوكيل للوديعة يعتبر خطأ يسال من تبرئه للوكيل بوصفه متبوعا لمرتكب الخطأ ، وذلك لأن رد الوديعة التزام عقدي يقع على عاتق المودع لديه بموجب عقد الوديعة وعدم تنفيذ هذا الالتزام يستتبع مساءلة المودع لديه على أساس المسئولية العقدية لا التصهيرية ، ويذهب الى كذا أغنت عنا أحكام للمسئولية العقدية وبعبارة أن نستبعد فكرة للمسئولية التصهيرية من مجال البحث .

والحكم الآخر صادر من محكمة استئناف باريس في ١٠ يوليو ١٩٤٤ (دالوز ١٩٤٥ - ٦٢) قضت فيه المحكمة بالزام مالك العقار بتبويض المشتري للمقار في المزداد من تكليف اقصح أن المقار مقل به ولم يكن قد ورد له ذكر في قائمة شروط البيع التي أشهر مزاد المقار على أساسها واستندت للمحكمة في هذا القضاء على أن عدم إدراج ذلك التكليف في قائمة شروط البيع خطأ ارتكبه موقق العقود المكلف من البائع بإجراء المزداد وأن البائع بوصفه موكلا مسئول عن الخطأ الذي ارتكبه وكيله موقق العقود ، وظاهر هنا أيضا أن الإشارة الى المسئولية التصهيرية تنطوي على كثير من عدم الدقة وذلك لأنها في واقعة الدعوى التي قضى فيها الحكم بإزاء مسئولية عقدية تقع على عاتق البائع كثر من آثار عقد البيع إذ أنه لم ينطو التزامه بنقل الملكية خالصة للمشتري تنفيذًا كاملا وذلك بلا أدنى دخل للمسئولية التصهيرية ، وليس أدل على ذلك من أن القاضي في تلك الدعوى كان قد طلب أمام المحكمة الابتدائية أصليا فسخ عقد البيع واحتياطيا التبويض ثم عدل طلباته أمام محكمة الاستئناف بالتنازل عن طلب الفسخ مع التمسك بطلب التبويض وكلها طلبات تتكفل بها أحكام المقدم وهي من جزئيات المسئولية العقدية ولا أعمال لها بالمسئولية التصهيرية ، ولا شك أن الخلط بين مجال المسئوليتين ينطوي على تجاهل للطرق الأساسية بين التصرف القانوني والواقعة القانونية .

(١) دواست ص ٨٦ - مابدي ص ٣٣٩ - بريسكو - رامبسيان ص ٣٩١
و ٣٠١ كلابير ص ٣١٧ .

وأن مجرد التفرقة بين نوعي النيابة في الحكم يحمل الدليل على أن مسألة المسؤولية عن خطأ النائب ليست من آثار النيابة بمعناها الصحيح وأنها لابد أن تكون أوثق ارتباطا بنظام آخر غير النيابة .

والواقع أن الفقه والقضاء أصبحا يقيمان تلك المسؤولية على ما بين الأصل والنائب من علاقة المتبوع بالتابع ويجعلان مسؤولية الأصل عن خطأ النائب تطبيقا من تطبيقات المسؤولية عن فعل الغير الناشئة عن علاقة التبعية (مادة ١٣٨٤ فقرة ٤ فرنسي) (١) .

١٥٩ - على أن كل نائب اتفاقي ليس تابعا للأصل بإطلاق ، فإن علاقة التبعية عناصر - منها الإشراف والتوجيه - قد لا تتوفر في كثير من الحالات فيما بين الأصل ونائبه الاتفاقي من علاقة ، وعلى هذا فإن مسؤولية الأصل عن خطأ نائبه متوقفة على توافر علاقة التبعية بينهما بعناصرها المتميزة بصرف النظر عن وجود علاقة النيابة (٢) فهذه

(١) انظر بويستو - دامنيالو ص ٣٠١ - ٣٠٢ والمراجع والأحكام المشار إليها لمة وانظر روست ص ٨٨ ومادري ص ٢٣٥ - ٢٣٦ .

(٢) نفس فرنسي (مدني) ١٦ يوليو سنة ١٩٣٦ - دالوز الأسبوعي ٤٢٧/١٩٣٦
« أن وجود الوكالة لا يعني بالضرورة قيام علاقة تبعية بين الموكل والوكيل ، والمسئولية المقررة بالمادة ٤/١٣٨٤ من القانون المدني على عاتق المتبوع نتيجة لفعل التابع تفرض في الأول حق التوجيه والإشراف والرقابة على الثاني » .

« L'existence d'un mandat n'implique pas nécessairement l'établissement e entre les parties d'un rapport de commettant à préposé ; la responsabilité e délicate part l'art. 1384/4 c.c. à la charge du commettant et à raison du fait e de son préposé, suppose que le premier possède, au regard du second, un e droit de direction, de surveillance et de contrôle » . Cass. (civ.) 16 Juin 1936, D.H., 1936/927.

وانظر حكم محكمة الاسكندرية الابتدائية ٢٩ أبريل سنة ١٩٥٧ (للحامدة ١١٢٥/٥١٤/٣٨) : « إذا ارتكب الوكيل عملا غير مشروع نشأ عنه ضرر للغير فإن الموكل لا يكون مسئولاً عن توقيض ذلك الغير إلا إذا توافرت في علاقته بوكيله عناصر التبعية المتميزة عن أركان عقد الوكالة ، والوكالة بذاتها لا تكفي لاعتبار الوكيل تابعا للموكل بالمعنى المقصود في المادة ١٧٤ مدني وإنما ينبغي النظر على ضوء الظروف وعقد الوكالة نفسه إلى توافر أو عدم توافر عناصر رابطة التبعية من وجود سلطة فعلية للموكل على الوكيل مقترنة بالتوجيه والرقابة » .

العلاقة ليست بحال الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية الأصل من
خطأ النائب (١) .

لهذا اتجه الفقه في الزمن الأخير الى إبراز المعنى المتقدم مقروا آن
المسئولية التي تقع أحيانا على الأصل نتيجة لخطأ نائبه ليست من آثار
النباية وانما هي من قبيل مسؤولية المتبوع عن خطأ التابع (٢) .

(١) انظر مادراى ص ٢٣٦ - ٢٣٧ حيث يضرب مثالان لنباية تقتصر بها رابطة تبعية
ولنباية لا يقتصر بها أى عنصر من عناصر التبعية . ولانظر فى هذا المعنى رواست
ص ١٩٧ - ١٩٨ حيث يسوق حكيم لمحكمة النقض الفرنسية أولها حكم ١٦ يونيو
سنة ١٩٣٦ لفسار اليه فى الحاشية المسابقة والثانى حكم ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٥ الصادر
فى شأن نباية كانت تقتصر بها علاقة تبعية .

(٢) رواست ص ١٩٨ - رواست فى مجموعة أعمال جمعية هنري كاسيتان ج ٤
ص ١٩٤ - فون ترويه ص ٢٨٧ - بلجساي ص ١٢ ولانظر المراجع المشار اليها فى حاشية
التبند السابق .

منه وقد نشأت فى اللغة الايطال فى مطلع هذا القرن نظرية مبتدعة قال بها
الأستاذ كيروني « الخطأ فى القانون للدنى - الخطأ غير المتعمد » - ج ١ بند ١٥٩
وما يفسره وانظر تلخيص نظريته فى ديوج : الالتزامات ج ٥ بند ٨٨٢) ومؤداهما
تأسيس مسؤولية المتبوع من أعمال تابعة على فكرة النباية فهو يرى أن رابطة التبعية
تؤدى الى مسائلة المتبوع عن أعمال تابعة لأن بين التابع والمتبوع علاقة نباية *rapresentanza*
بحيث يكون كل فعل يقوم به النائب (التابع) بصفته هذه وفى حدود وظيفته
منسوبا للأصيل (المتبوع) ومعتبرا فعلا له وحده ذلك تعد مسؤولية الأصل فى هذه
الحالة مسئولية من فعل نفسه إذ أن الأمر القانونى للنباية هو ادماج شخصية النائب
فى شخصية الأصل بحيث تستغرق هذه تلك وتكون أعمال النائب بصفته نائباً هي أمام
الغير أعمال الأصل نفسه (كيروني : المرجع السابق بند ١٥٩ ص ٣٧١) فالتابع عند
كيروني ليس الا أداة للمتبوع بحيث أنه بمجرد وقوع الفعل الضار ونسبته الى التابع
تقوم مسؤولية المتبوع مباشرة ، وتلك منه هي النتيجة الحقيقية لقيام علاقة النباية بين
التابع والمتبوع (المرجع السابق بند ١٦٠ ص ٣٧٣) وبتفسيره مسؤولية المتبوع على هذا
الأساس يرى كيروني أنه يمكن تبرير عدم تمكن القانون للمتبوع من التخلص من
المسئولية بالاثبات عدم خطئه أو تقصيره وذلك لأن العمل الضار الذى ارتكبه التابع انما
هو من الوجهة القانونية فعل للمتبوع نفسه طبقا لفكرة النباية (المرجع السابق بند ١٦٢
ص ٣٨٤) وتوبر « النباية » يجب أن يفهم فى هذا الصدد فيما وادسا بحيث لا يقتصر
مفهومها على الوكالة والفضيلة وانما يتسع لمفهوم كل حالة يجه فيها شخص لآخر بالقيام
بعمل باسم الأول ولحسابه أو يصادق على العمل ولو لم يكن هناك تكليف سابق به
(المرجع السابق : بند ١٦٣ ص ٣٨٧) وبهذا للتجديد يتضح معنى هذا التعبير بحيث
يفصل صوريين : الأولى صورة النباية بمعناها الدقيق *ad, vera e propria* وهي نظرية

وقد أصلت محكمة النقض الفرنسية في حكم حديث نيسيا (١) التفرقة بين مجالى المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في علاقة النائب بالأصيل وبالغير الذى أصابه الضرر اذ قررت أنه اذا كان تنفيذ

تجبه فيها ارادة الطرفين الى احداث علاقة نيابة * والصورة الثانية صورة النيابة بوجه عام *resp. in genere* وتشمل سائر الحالات التى يقوم فيها شخص بعمل باسم ولحساب شخص آخر (المرجع السابق بند ١٦٥) والنيابة بنوعها حذین قد تكون اتفاقية او قانونية وذلك بحسب ما اذا كان الاتفاق أو القانون هو الذى يعول اعطاء صفة النائب أو الأصيل والمسؤولية فى الحالتين تقع على الأصيل متى تصرف النائب بصلته تالبا فى حدود وظيفته فوقع منه فعل ضار .

هذا هو مجال نظرية كيروني فى تبرير اعضاء رابطة التنمية الى مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه ولا يستطيع الناصر فيها أن يتكهن عليها الروتق والتماكب الفنى كما أنها تفرح كثيرا من أحكام مسؤولية المتبوع شرحا مرشيا * الا أنها مع هذا لا تسلم على النقد فهى تتعارض مع صريح نص القانون الذى يقرر أن مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه اما هى مسؤولية عن فعل الغير (وهذا واضح من الفقرة الأولى للمادة ١٣٨٤ فرنسى المقابلة للمادة ١١٥٣ من القانون الايطالى القديم) بينما منطبق نظرية النيابة يعنى الى القول بأن المسؤولية هنا مسؤولية عن فعل الشخص نفسه * كما أنه لا يمكن فى صدد المسؤولية الخطئية القول بقيام علاقة نيابة بالمعنى الفنى الدقيق بين التابع والمتبوع الا بتجاوز شديد فالتبعية مؤداهما اطلاق ارادة النائب محل ارادة الأصيل فى القيام بتصرف معين وليس كذلك التابع الذى يقوم تحت اشراف متبوعه بتعدادات مادية له اذ ليس هنا حلول ارادة محل أخرى والذى ففى هذه النظرية خلط بين مجال التصرفات القانونية وبين مجال الوقائع القانونية * لهذا كله لم تلق هذه النظرية قبولا حتى من الفقه الايطالى (انظر فى تقديمها تفصيلا : جيورجى : نظرية الالتزامات فى القانون الايطالى الحديث ج ٥ بند ٢٥٢ مكرر ثالثا) ويكفيها لإطراحها أن القانون المدنى المصرى - اربابا للمستقر فى القضاء بين المصرى والفرنسى - يجعل من الخطأ للفترض أساسا لمسؤولية المتبوع (الفكرة الايضاحية على المادة ١٧٤) والذى فلا حاجة الى البحث عن أساس تلك المسؤولية فى فكرة النيابة على ما فى الاستناد إليها فى هذا الصدد من عيوب جوهرية سلف مرشها .

على أن من الفقهاء الفرنسيين المحدثين من يأخذ بالفكرة المنظمة - ولو بشكل عام اقل وضوحا وتعديدا مما جاء به كيروني - وهما الأستاذان هنرى وليون مازو (مازو : الموسوعة النظرية العلمية للمسؤولية المدنية ج ١ بند ٨٥٩ و ٧٤٣ وأيضا بند ٩٢٨ وما بعده) .

(١) تقضى مدنى ٢٨ يناير سنة ١٩٦٤ - المجموعة الرسمية لاحكام محكمة النقض الفرنسية ٣٥/٥١/١٩٦٤ .

Cam. civ. 28 janvier 1964, Bull. civ. I, No. 51, p. 35.
D. 1977, Inf. rsp. 248.

وبالمعنى نفسه تقضى تجارى ٩ مارس ١٩٧٧ - دالوز

النيابة - ٣٣٧

الالتزامات العقدية الناشئة عن تصرفات عقدها الوكيل لحساب الموكل وباسمه يقع على عاتق هذا الأخير وحسده فإن الوكيل يظل مع ذلك مسئولاً شخصياً قبل الغير عن الضرر الذي قد ينتج عن الجنح وأشباه الجنح التي يرتكبها - سواء من تلقاء نفسه أو بناء على تعليمات 'الموكل - أثناء تنفيذ مهمته .

ولما كان الأمر أوضح من أن يحتاج الى إطالة فانتا لن نتوسع في التدليل على خروج مسؤولية الأصيل عن خطأ النائب من نطاق البحث في النيابة مكتمين بالإشارة الى أنه في حالة الخطر يظل النائب مسئولاً قبل الغير - وحده أو مع الأصيل حسب الأحوال - بينما حكم النيابة هو اقتصار الآثار القانونية للتصرف على الأصيل دون النائب الذي يظل أجنبياً عن تلك الآثار ، كما أنه لا يمكن القول بأن نية النائب وهو يرتكب الخطأ انصرفت الى ارجاع آثاره الى الأصيل واذن فلا يسوغ القول بأن هذه المسؤولية أمر من آثار النيابة (١) ، وبالتالي فلا علينا ان لم نذهب في بيان أحوال هذه المسؤولية وأحكامها لخروج ذلك كله عن نطاق هذا البحث .

(١) قارن نقض مدني ١٤ نوفمبر ١٩٦٧ - مجموعة المكتب الفني ١٨/٢٤٩/١٦٤٩ - حيث قرر المحكمة أن الأصيل مسئول عن خطأ الوكيل في حدود قواعد المسؤولية التصرفية وكذلك في حدود قواعد الوكالة نفسها ولا تزي أن هذا الحكم قاطع في أخذ المحكمة بالرأي المخالف لما جاء يالفرن فهي قد نقضت الحكم الاستثنائي لتصور في التسيب إذ لم يرد رداً وإفيا على دفاع الطاعن وهو سمسار صدر له من أحد عيانه تفويض موضوعه شراء عقار وحصل السمسار خلال مدة التفويض على موافقة البائع وكان العميل قد سافر نازكاً لزوجته توكيلاً بالشراء وامتنته الوكالة عن إبرام العقد فأخذت محكمة النقض على الحكم أنه لم يثبت موقف الزوجية من الصلقة ولم يبين السبب الذي دعاها الى عدم انعام البلد - ويبقى بعد ذلك في صورة ما اذا تم هذا البحث وتبين على الوكيل خطأ موجب لتفويض السمسار أن تعرف هل يكون الموكل نفسه أم الوكيل فقط مسئولاً عن هذا الخطأ وما هي « قواعد الوكالة نفسها » التي تجعل الموكل مسئولاً عن خطأ وكيله في حالة عدم قيام رابطة تبعية بينهما تجعله مسئولاً عن خطأ تابعه طبقاً لقواعد المسؤولية التصرفية .

الفصل الثاني

أثر النيابة بالنسبة للنائب

١٦٠ - لما كانت نتائج التصرف الحاصل بطريق النيابة تقع في ذمة الأصيل مباشرة فإن النائب يظل غريبا عن آثار ما عقده من تصرف باسم الأصيل فهو لا يلتزم بذلك التصرف ولا يرتبط بمقتضاه مع الغير على أي وجه كن وهكذا نجد النائب الذي كان له الدور الأكبر إبرام التصرف غير ذي دور في الالتزام بأحكام ذلك التصرف فهو بمجرد إبرامه ينسحب من ميدان العلاقة التعاقدية تاركا بين الأصيل وبين الغير الذي تعاقد مع النائب رابطة قانونية مباشرة يحكمها ذلك التصرف المبرم بين النائب والغير (١) .

على أن نيابة النائب الانتفاقي قد تشمل - فضلا عن إبرام التصرف - تنفيذ التصرف الذي أبرمه وفي هذه الحالة يكون له بصفته نائبا وطبقا لهذه الحدود الواسعة لنيابته أن يفى ويستوفى وأن يقاضى ويقاضى المتوصل الى تنفيذ العقد ولكن ذلك كله بصفته نائبا ولحساب

(١) نفس مدني ١٣ يوليو ١٩٧٤ - مجموعة المكتب الفني ١٠٤٦/١٧٢/٢٥ وفيه رفضت المحكمة الطعن في حكم كان قد قضى بعدم قبول الدعوى الناشئة عن عقد أبرمه الوكيل في حدود نيابته والرفوعة من الغير الذي تعاقد معه ضد الوكيل بصفته الشخصية قائلا ان « النسي على (الحكم) بالحقا في تطبيق القانون يكون على غير أساس » .

الأصيل لا لحساب نفسه • وقد نصت المادة ٨٠٢ من تقنين الموجبات والمقود اللبناني في هذا الصدد على أنه : « يحق للغير أن يقيم الدعوى على الوكيل لاجباره على قبول تنفيذ العقد حين يكون تنفيذه داخلا حتما في وكالته » •

وفي حالات النيابة الضرورية (القانونية) يلاحظ أن الأصيل بحكم نقص أهليته لا يستطيع أن يباشر تنفيذ العقد الا بواسطة نائبه ، ولذا فإن نيابة النائب القانوني تسع دائما لتنفيذ العقود التي يبرمها باسم الأصيل ولحسابه فله الوفاء والاستيفاء كما أن له التقاضى مدعى ومدعى عليه غير أن ذلك كله بصفته نائبا يعمل باسم الأصيل ولحسابه فهو في تنفيذ التصرف أيضا مجرد نائب كما كان شأنه في إبرامه فليس عليه التزام شخصي ولا له حق شخصي قبل الغير الذي تعاقد معه •

على أن عدم التزام النائب قبل الغير بمقتضى التصرف الحاصل بطريق النيابة لا يعنى في كافة الصور عدم ارتباط النائب مع الغير بنحو ما ، فقد يقع من النائب بمناسبة إبرام التصرف خطأ في حق الغير فيلتزم قبله بمقتضى ذلك الفعل كما قد يلتزم النائب قبل الغير المتعاقد معه نتيجة لتجاوزه حدود مكنته ولا تتحاله صفة النيابة كما فصلناه في كلامنا على مدى النيابة (١) على أنه لا يخفى أن هذه الروابط التي قد تنشأ في بعض الصور بين الغير والنائب ليست بحال من آثار التصرف الحاصل بطريق النيابة وانما هي روابط قانونية متميزة نشأت بمناسبة إبرام التصرف المذكور لا كنتيجة لذلك التصرف (٢) •

(١) انظر أنفا بند ١١٨ وما بعده •

(٢) نقض فرنسي (مدني) ٢٨ مايو سنة ١٩٤٠ - مسجريد ٦٤/١/١٩٤٠ : « اذا كانت القاعدة أن تصرفات الوكيل التي يبرمها بصفته تلك في حدود مكنته لا ترتب عليها مسئولية تعاقدية قبل الغير الا في ذمة الموكل ، فإن الوكيل يمكن مع ذلك أن يلزم قبل الغير بمقتضى مسئولية تصديرية بسبب الأفعال الضارة التي يرتكبها أثناء تنفيذ الوكالة » •

« Si, en principe, les actes juridiques accomplis par le mandataire, agissant en cette qualité et dans la mesure de ses pouvoirs, ne font naître de

١٦١ - ليس من آثار النيابة اذن نقاد التصرف الحاصل بطريق النيابة في حق النائب والتزامه بمقتضى ذلك التصرف ، وعلى هذا وتطبيقا لهذا المعيار يمكننا أن نستبعد من نطاق النيابة أوضاعا قد تختلط بالنيابة وهي أوضاع منها ما لم يعد الآن خروجه عن نطاق النيابة محل شك عند غالبية الفقهاء ومنها ما لا يزال كثير من الفقهاء يعتبره من صور النيابة وتطبيقاتها •

فمن النوع الأول الاشتراط لمصلحة الغير وهو نظم يستبته بالنيابة من حيث اشتماله على أطراف ثلاثة : المشتري والمتعهد والمتنفع كما أنه يستبته بها من حيث أنه ينشئ للمتنفع حقا مباشرا بمقتضى تصرف لم يشترك في إبرامه الا أن تميزه عن النيابة يجب أن لا يكون محل شك لأن المشتري يلتزم بالعقد الذي يبرمه مع المتعهد وهو طرف أصيل فيه فذلك العقد وإن كان ينشئ للمتنفع حقا مباشرا الا أنه لا يفتأ يربط المشتري بالمتعهد بخلاف الحال في النيابة اذ نجد النائب غير مرتبط مطلقا بالعقد الذي يبرمه مع الغير باسم الأصيل • هذا فضلا عن أن مقتضى النيابة هو إيقاع آثار العقد كلها من حقوق والتزامات في ذمة الأصيل بينما أن الاشتراط لمصلحة الغير من شأنه أن يكتسب المتنفع حقا دون الالتزامات التي لا يتحمل المتنفع منها بشيء بل هي تقع على عاقل المشتري (١) •

« responsabilité contractuelle envers les tiers qu'à la charge du mandant, le « mandataire peut cependant être tenu à leur égard d'une responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle à raison des actes illicites et dommageables qu'il a « accomplis dans l'exercice de son mandat ». Cass. (civ.) 28 mai 1940 — S. 1940.1.64.

(١) الرأي الأهم في الفقه هو ما قدمناه من تمييز الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة : انظر رواسي ص ١٨ - ٢١ ومادري ص ١٨٠ - ١٨٢ وكولان وكابيتان ج ٢ ص ٣٧٠ ولاتيه بند ٣ ص ٤ • والسنهوري في نظرية العقد بند ٨٠٤ انظر من الرأي المعكى كلاريز ص ١٣١ - ١٣٤ • حيث ينظم المؤلف إلى الرأي القديم الذي كان يفسر الاشتراط لمصلحة الغير على أساس الفضالة وينتهي إلى أن للشروط يعتبر نائباً عن المتنفع في جزء من التصرف وأصيلا في الجزء الباقي • والواقع أن في تجزئة التصرف =

١٦٢ - ومن الحالات التي ما زالت أغلبية الفقهاء تراها من تطبيقات انيابة حالة التضامن السلبي اذ يقال ان بين المدينين التضامنين نيابة تبادلية في كل ما لا يزيد من عبء الالتزام بحيث يعتبر كل مدين نائبا عن سائر التضامنين في التصرفات النافعة لهم أى المؤدية الى تخفيف عبء الالتزام وتسمى هذه النيابة « بالنيابة النافعة » نظرا لاقتصار أثرها على التصرفات النافعة دون سواها (١) .

ولفكرة « النيابة التبادلية » بين المدينين التضامنين أصل فو. ،
التصوص التشريعية فقد كانت المادة ١٠٨ من القانون المدني المصري القديم تنص على أنه في حالة التضامن « يعتبر المتعهدون كفلاء لبعضهم بعضا ووكلاء عن بعضهم بعضا في وفاء المتعهد به وتتبع القواعد المتعلقة بأحكام انكفالة والوكالة » .

أما القانون الحالي فانه وان أغفل النص على الوكالة أو النيابة فقد جاء بنصوص عديدة منهاها فكرة النسيابة التبادلية بين المدينين التضامنين كما صرحت بذلك المذكرة الايضاحية (٢) اذ أشارت الى أد

= بهذا الشكل المصطنع تضييما للعالم الخاصة لكل من نظامي النيابة والاشتراط لمصلحة الغير كما ان الرأي القديم انذى كان يرى في الاشتراط لمصلحة الغير فضالة انما كان ميناء الرغبة في تبرير كل نظام قانونى جديد باذخاله ضمن نطاق أحد النظم القائمة اما الآن فلا شك في استقلال الاشتراط لمصلحة الغير كنظام قانونى قائم بذاته له في القانون تطبيقات عديدة تتزايد مع تطور المجتمع باستمرار فلا محل لمحاولة تبريره على أساس الفضالة أو للخلط بينه وبين النيابة - انظر في تفصيل التمييز بين الاشتراط لمصلحة الغير وبين الفضالة : السنهوري في نظرية العقد بند ٨٠٥ ورواست ص ١٩ - ٢١ (١) السنهوري في الوجز بند ٥١٠ وحشمت آيو سكتيت بند ٧١٠ ومادارى ص ٧٨ - ٨٧ ورواست ص ٢٩ - ٣٦ ويلاحظ أن للؤلؤ الأخير بعد أن قرر في الموضع المذكور من دوسى الدكتوراه لسنة ٤٧ - ١٩٤٨ أن جميع عناصر النيابة تنوفى في علاقة المدينين التضامنين عدل عن هذا الرأي في تقريره المنشور في مجموعة أعمال جمعية هنرى كاسيتان ج ٤ (المطبوع سنة ١٩٤٩) ص ١١٦ حيث يقول ان علاقة للمدينين التضامنين تتميز عن النيابة وانه ينبغي تفسير تلك العلاقة بتبر الجور الى فكرة النيابة .

(٢) حل المادة ٢٩٢ (المادة ٤١٦ من المشروع التمهيدي) .

النصوص الجديدة تستبعد فكرة النيابة التبادلية بين المدينين المتضامين كلما كان فيها ما يسمى الى مركزهم وبالعكس تأخذ بتلك الفكرة كلما كان في اعمالها منفعة لمن تنظمهم رابطة التضامن .

وعلى هذا فتصرفات المدين المتضامن تسحب آثارها على سائر المتضامين معه كلما كان في ذلك منفعة لهم فمن ذلك اصدار أحد المدينين المتضامين للدائن ، فان باقى المدينين يستفيدون من هذا الاصدار (مادة ٢٩٣ فقرة ثانية) ومن ذلك الصلح الذى يبرمه أحدهم مع الدائن ويتضمن البراء أو براءة الذمة فهذا الصلح ينتج اثره في حق باقى المتضامين (المادة ٢٩٤) وغنى عن الذكر أن قيام أحد المتضامين بالوفاء ينتج عنه - فى علاقة المدينين بالدائن - براءة ذمة سائر المتضامين (١) .

٢٦٣ - على أننا لا نرى فى هذه الأحكام كلها نيابة حقيقية وعندما ان امعان النظر يؤدى الى القول بأن فى نسبة هذه الأحكام الخاصة بالتضامن الى النيابة وفى اعتبارها تطبيقات ما يسمى بالنيابة التبادلية الناقصة خروجاً على الدقة الواجبه وتجاهلاً للمميزات الجوهرية لنظام النيابة بمعناه الفنى الدقيق .

وان تطبيق المعيار الذى نحن بصدده - ألا وهو عدم نفاد التصرف الحاصل بطريق النيابة فى حق النائب وعدم التزامه بآثار ذلك التصرف - ليوّدى حتما الى اخراج التضامن السلبي من حالات النيابة إذ أن المدين المتضامن فى تصرفه العائد على المتضامين بالنفع (وهو التصرف الذى يقال انه نائب فيه عن سائر المتضامين) لا يعمل على يقع آثار تصرفه فى ذمة زملائه وانما هو يعمل لحساب نفسه أولاً

(١) للفكرة المسماة بالنيابة التبادلية بين المتضامين تطبيقات أخرى أكثر لصورتها بقانون الرافضات ولهذا رأينا مقالها هنا وهو مذكورة فى مواضعها من المؤلفات العامة .

وآثار ذلك التصرف لا تنصرف الى زملائه دونه (شأن كل تصرف ينطوي على نيابة حقيقية) وانما تنصرف اليه هو أولا ثم الى زملائه معه بـ • وما دام المدين المتضامن لا يظل غريبا عن آثار التصرف الذي أجراه فلا يمكن أن يقال انه في ذلك التصرف كان نائبا عن سائر المتضامين والا كان ذلك تشويه لنظام النيابة وطمسا لمعامله ومميزاته الجوهرية •

ودليل اتقاء كل نيابة حقيقية في نطاق التضامن ليس فقط فيما تقدم بل أيضا في اتقاء شرط هام من شروط النيابة في جميع تلك الحالات ألا وهو شرط التصرف باسم الأصل أو اتجاه ارادة النائب والغير المتعامل معه الى صرف آثار التصرف الى الأصل • فالمدين المتضامن اذ يجري تصرفا ينطوي على تخفيف عبء الالتزام يفيد بتصرفه هذا سائر زملائه بحكم القاعدة القانونية وبصرف النظر عن اتجاه ارادته الى ذلك وقت اجراء التصرف اذ أن استفادة سائر المتضامين من تصرف زميلهم النافع هو حكم القانون غير مشروط بقصد المتصرف وغير معلق على اتجاه ارادته تلك الوجهة ، فكلما أجرى مدين متضامن تصرفا نافعا انعكس أثر تصرفه هذا على سائر المدينين المتضامين بغير توقف على ارادة المتصرف • وليس كذلك شأن النيابة لأن الأمر فيها يتطلب انصراف ارادة المتصرف الى توجيه آثار تصرفه نحو الأصل وبغير وجود هذه الارادة (واشتراك الغير المتعاقد مع النائب فيها حقيقة أو حكما على ما سبق تفصيله) لا يتحقق حكم النيابة ولا تنصرف آثار التصرف الى الأصل فالتضامن السلبي عنى هذا لا ينطوي على نيابة بالمعنى الصحيح وانما سرعان اثر التصرف

النافع الذى يجزىه أحد المدينين فى حق سائرهم هو من قبيل ما يسمى
بـ « الآثار المنعكسة » للتصرف القانونى (١) .

١٦٤ - وثمة وضع آخر لا ينطوى على نيابة حقيقية إذ أن
الشخص الذى قد يشتبه بالنائب فى الوضع المذكور يلتزم التزاما
شخصيا مما يخرج هذا الوضع من نطاق النيابة رغم اللبس اللفظى
الذى قد يسبق الى الأذهان ونعنى بهذا الوضع الانابة فى الوفاء .
وقد نظم القانون المدنى المصرى الانابة فى الوفاء فى مواد ثلاث
هى المواد ٣٥٩ ، ٣٦٠ و ٣٦١ و « تتم الانابة (فى الوفاء) إذا حصل
المدين على رضا الدائن بشخص أجنبى يلتزم بوفاء الدين مكن
المدين » (مادة ٣٥٩) .

فهنا نجد أمامنا ثلاثة أطراف : المنيب وهو المدين الأصلى ويشتهر
بالأصيل ، والمناب ويشتهر بالنائب ، والمناب لديه وهو الدائن ويشتهر
بالغير الذى يتعامل معه النائب .

على أنه ينبغى الاحتراز من الاندفاع فى التشبيه فغير صحيح
أن المناب هو نائب فى الوفاء عن أصيل فى التصرف هو المنيب ، وذلك
لأن الانابة فى الوفاء يترتب عليها نشوء التزام شخصى جديد فى ذمة
المناب قبل المناب لديه وهذا واضح من نص المادة ٣٥٩ ذاتها إذ تقرر
« أن الشخص الأجنبى (أى المناب) « يلتزم بوفاء الدين مكان المدين »

(١) استعمل هذا التعبير فون توهر ص ٢٨٧ وحاشية ٣٦ وهو يبنى به الآثار التى
تنسحب على الغير بلا توقف على إرادة المتصرف .

« Si quelle que soit la volonté des parties un acte juridique influe sur la
sphère juridique d'un tiers, il n'y a là aucun rapport de représentation. Dans
des cas de ce genre on parle des « effets reflexes » de l'acte juridique. Ainsi
le paiement fait par l'un des rébiteurs solidaires libère les autres... même si
l'auteur du paiement ne savait pas que son acte aurait cet effet ou ignorait
cet effet ou ignorait même l'existence d'un codébiteur ». Von Tuhr : op.
cit., p. 287 et note 36.

واذن فالمناصب اذ يقوم بالوفاء انما ينفذ التزاما شخصيا عليه فهو ليس
نائبا فى ذلك التصرف عن الملتزم الاصيل •

والاافاة فى الوفاء ان انطوت على تجديد للالتزام بتغيير المدين
وهو ما يسمى بالاافاة الكاملة (مادة ٣٦٠/١) يترتب عليها براءة ذمة
المنيب والتزام المناب وحده قبل المناب لديه ، وان كانت الاافاة فى
الوفاء لا تنطوى على تجديد للالتزام وهو ما يسمى بالاافاة الناقصة
كنا امام التزام جديد واقع على عاتق المناب يضاف الى الالتزام القديم
الواقع على المنيب ويكون للمناب لديه أن يطالب أيهما شاء (١) وفى
كلتا الصورتين يتضح مدى ما بين الاافاة فى الوفاء وبين النيابة من
بون شاسع اذ أن من خصائص النيابة الجوهرية عدم التزام النائب
بشئ من آثار التصرف الحاصل بطريق النيابة •

١٦٤ مكرر - تناولنا آفا فى البند ١١٨ وما بعده حالات
مسئولية النائب أو المنتحل صفة النائب ، قبل الغير الذى يتعاقد معه
ونطاق تلك المسئولية وأساسها وأوضحنا ثمة أن تلك المسئولية هي
جزء تجاوز النائب حدود نيابته أو جزء انتحال صفة النائب حيث
لا اافاة وأنها لذلك لا تدخل ضمن آثار النيابة بالمعنى الصحيح ولذلك
نكتفى هنا بالاحالة الى ما قلناه فى ذلك الموضع •

(١) انظر السهبورى فى الموجز بند ٥٨٠ - ٥٨٢ • والمذكرة الايضاحية على المواد
٣٥٩ - ٣٦١ (للمواد ٤٩٦ - ٤٩٨ من القروع الصهيى) •

الفصل الثالث

أثر النياية بالنسبة للغير

١٦٥ - لا مجال للاطالة في بيان أثر النياية بالنسبة للغير المتعاقد مع النائب فقد تبين جليا مما تقدم لنا من القول أنه بمجرد انعقاد العقد الذي يبرمه النائب مع الغير ينسحب النائب من ميدان العلاقة التعاقدية تاركا الأصيل والغير وهما طرفا اللذان ترجع اليهما وحدهما آثار العقد المبرم بطريق النياية .

فحكم قاعدة النياية يتجلى في إيجاد رابطة مباشرة بين الأصيل وبين الغير الذي تعاقد معه النائب باسم الأصيل فيكتسب هذا الغير قبل الأصيل كافة الحقوق التي تنشأ عن ذلك العقد كما يلتزم نحو الأصيل بكافة الالتزامات التي تنشأ عنه فيرجع على الأصيل بمآله ويرجع عليه الأصيل بما عليه مباشرة دون مدخل للنائب .

على أن انتفاء الصلة التعاقدية بين الغير وبين النائب لا يمنع في بعض الصور رجوع الغير على النائب كنتيجة لخطأ يقع من الأخير مناسبة التعاقد وينشأ عنه ضرر للغير ، على أن هذا الرجوع هو من آثار المسؤولية التقصيرية وليس بحال من آثار العقد الحاصل بطريق

النيابة وعلى ذلك لا ينطوى رجوع الغير على النائب في هذه الصور على ارتباط من النائب بآثار التصرف المبرم باسم الأصيل ولا تعتبر المسؤولية التي قد تقع على النائب قبل الغير أثراً من آثار النيابة وبذلك تخرج تلك المسؤولية عن النطاق الذي التزمناه طوال هذه الدراسة وقد تقدم لنا تفصيل ذلك (١) وفضلاً عن حالات ارتكاب النائب لعمل غير مشروع تترتب عليه مسؤوليته التقصيرية قبل الغير الذي يتعامل معه نجد هناك حالات تجاوز النائب لحدود نيابته وهذا التجاوز - الذي قد لا يصل الى مرتبة الخطأ التقصيري - يؤدي كذلك الى ترتيب آثار معينة فيما بين النائب والغير وقد تقدم لنا تفصيل تلك الآثار وبيان حالاتها وتأصيل أساسها القانوني مما نكتفي معه هنا بمجرد الإحالة الى ما تقدم في هذه المسألة (٢) .

(١) أنظر آتفا بند ١٥٨ وما بعده .

(٢) أنظر آتفا بند ١١٨ وما بعده .

الباب الثالث

في انقضاء النيابة

١٦٦ - يرتبط البحث فى انقضاء النيابة أوثق ارتباط بالعلاقة الداخلية بين النائب والأصيل أى بالعقد الذى صدرت الانابة بمناسبته أو بالاستناد اليه ، وهذا ما جعل المشرع الألماني ينص فى المادة ١٦٨ من قانونه المدنى على أن انقضاء الانابة يتقرر طبقا للعلاقة القانونية التى صدرت الانابة ارتكانا اليها . وهذا أيضا ما حدا بمعظم من كتبوا فى النظرية العامة للنيابة الى اخراج انقضاء النيابة من نطاق أبحاثهم لكون أسباب انقضائها متعددة ومتنوعة بتنوع العلاقات القانونية التى تربط النائب بالأصيل .

على أنه لا بأس - استيفاء للبحث - من أن نستعرض الأسباب العامة لانقضاء النيابة بصرف النظر عما بين الأصيل ونائبه من علاقة داخلية ودون أن تتناول أسباب الانقضاء التى تكون ظاهرة من صيغة الانابة نفسها أو من الظروف المحيطة بها كانهضاء مدتها أو انتهاء العمل المناب فيه أو استحالة القيام بذلك العمل أو تحقق شرط فاسخ علق عليه الأصيل انقضاء الانابة ومثل هذا النوع من أسباب الانقضاء هى التى نصت عليها - فى خصوص الوكالة - المادة ٧١٤ من القانون المدنى المصرى بقولها :

« تنتهى الوكالة باتمام العمل الموكل فيه أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة ... » .

وهذه المادة تقبلها فى التقنين المدنى السورى المادة ٦٨٠ وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٧١٤ وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٩٤٦ وفى تقنين الموجبات والعقود اللبئانى المادة ٨٠٨ وفى قانون الوكالة السودانى المادة ٣٦ وفى التقنين المدنى الجزائرى المادة ٥٨٦ وفى مجلة الالتزامات والعقود التونسية الفصل ١١٥٧ وفى القانون المدنى الأردنى المادة ٨٦٢ .

وفىما عدا هذا النوع من أسباب الانقضاء توجد أسباب أخرى لانقضاء النيابة منها ما يترتب عليه انقضاؤها بحكم القانون تأسيسا على تحقق واقعة متعلقة بشخص الأصل أو متعلقة بشخص النائب ومنها أسباب اختيارية ترجع الى ارادة الأصل أو الى ارادة النائب . واذن فتتقسم أسباب انقضاء النيابة الى أسباب انقضاء بحكم القانون والى أسباب اختيارية والنوع الأول ينقسم بدوره الى ما يتعلق بشخص الأصل من وقائع يربط عليها القانون انقضاء النيابة والى ما يتعلق بشخص النائب من تلك الوقائع ، أما أسباب الانقضاء الاختيارية فمنها كذلك ما يرجع الى الأصل ومنها ما يرجع الى النائب .

الفصل الأول

أسباب انقضاء النيابة بحكم القانون

تجمع أسباب انقضاء النيابة بحكم القانون علة واحدة هي أن العلاقة بين الأصيل والنائب تقوم على اعتبار شخصي من شأنه ألا تستمر تلك العلاقة متى طرأت على النائب أو على الأصيل واقعة من شأنها المساس بذلك الاعتبار الشخصي المحفوظ فيما يربطهما من علاقة وهذه الأسباب قسمان :

هذه الأسباب (١) هي الموت وفقد الأهلية والافلاس .

١٦٧ - ١ - موت الأصيل :

فالأصل أن موت الأصيل ينهى النيابة وهو ما نصت عليه في خصوص الوكالة المادة ٧١٤ من القانون المدني المصري في ختامها .
وانقضاء النيابة بموت الأصيل ليس حكما آمرا إذ يستطيع الأصيل في النيابة الاختيارية (الاتفاقية) أن ينص على استمرار النيابة رغم موته مع حلول ورثته محله واذن فتستمر النيابة في هذه الحالة وتقع آثار تصرفات النائب في تركة الأصيل على أن للورثة - كما لكل أصيل - أن يضعوا حداً لنيابة نائبهم بمزله .

(١) أسباب انقضاء النيابة المتعلقة بشخص الأصيل .

كذلك فإن الانابة المعطاة لصالح النائب أو لصالح الغير لا تنقضى بموت الأصيل والا لقات الغرض منها كمن ينيب آخر في قبض حق له ووفاء دين عليه للغير من حصيلة ما يقبض أو في استيفاء دين شخصي للنائب من ذلك المال (١) .

هذا وإن الأصل في العقود أن أثرها ينصرف إلى المتعاقدين وإلى الخلف العام ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام ، وهذا هو حكم المادة ١٤٥ من القانون المدني المصري ، فكان القاعدة العامة اذن هو أن آثار العقود لا تقتصر على أشخاص أطرافها بل تتجاوزهم إلى من يخلفهم خلافة عامة والاستثناء من هذه القاعدة هو عدم انصراف الأثر إلى الخلف العام في الحالات التي تكون فيها العلاقة التعاقدية شخصية بحتة وهو ما يستخلص من إرادة المتعاقدين - صريحة أو ضمنية - أو من طبيعة العقد أو من نص في القانون . ومن قبيل النص في القانون على ما يخالف تلك القاعدة العامة ما جاء به المادة ٧١٤ من القانون المصري إذ نصت على أن الوكالة تنتهي بموت أحد طرفيها ، ذلك لأن المشرع افترض أن إرادة الطرفين الضمنية اتجهت إلى انقضاء عقد الوكالة - وكذا الانابة المستندة إلى هذا العقد - بوفاة أيهما تأسيساً على أن هذا العقد من العقود التي تراعى فيها شخصية كل متعاقد (٢) .

(١) السنهوري : الوسيط ج ٧ - المجلد الأول - ص ٦٥٩ .

(٢) نقض مدني ١٣ فبراير ١٩٦٨ - مجموعة الكتب الفني ٢٥٤/٣٨/١٩ وقارن في القضاء الفرنسي حكم استئناف باريس ١٢ ديسمبر ١٩٦٧ - هالوز ٢٧٩/١٩٦٨ وقد قضى بأن نص المادة ٢٠٠٣ مدني فرنسي الخاص بانقضاء الوكالة بالوفاة ليس نصاً آمراً بل هو مكمل لإرادة الطرفين وبطل ذلك فلا انطباق له متى صدرت من الموكل إرادة مخالفة ويمكن استخلاص تلك الإرادة المخالفة من موضوع الوكالة ومن الغاية التي تستهدفها ، وتطبيقاً لذلك فإن الوكالة الصادرة إلى أحد وكلاء المعاري تستمر إلى حين انتهاء المحسومة التي وكل فيها وله بطلان الصلة - بل عليه - أن يقوم بإعلان الأحكام الصادرة ولو بعد وفاته موكلاً . والدعوى التي صدر فيها حكم النقض المصري المذكور كانت كذلك .

١٦٨ - وفيما يتعلق بأثر موت الأصيل على قيام النيابة نجد أن هناك اتجاهات ثلاثة تتجلى في تشريعات مختلف الدول :

١ - فئمة تشريعات تغلب مصلحة استقرار المعاملات واستمرارها على كل اعتبار آخر فلا ترتب على موت الأصيل انقضاء النيابة وانما تنص على استمرارها مع حلول ورثة الأصيل محل مورثهم ومن هذه التشريعات القانون المدني الألماني (م ٦٧٢) وقانون التجارة الألماني (م ٥٢) والقانون المدني الصيني (م ٥٦٤) وقانون العقول الاسكاندينافي (م ٢١) وغيرها .

٢ - وهناك فريق آخر من التشريعات يغلب الاعتبار الشخصي في النيابة وما تقوم عليه من ثقة بين الأصيل والنائب فترتب على واقعة موت الأصيل انقضاء النيابة فوراً ومن هذا الفريق القانون الأجلو - أمريكي (١) والقانون المدني السوفييتي (م ٢٠٠) والقانون المدني النمسوي (م ١٠٠٢) ومجلة الالتزامات والعقود التونسية (الفصل ١١٥٧) .

٣ - وبعض التشريعات قد اختطت سبيلاً وسطاً بين الاتجاهين المتضادين السابقين فهي مع تقريرها انقضاء النيابة كنتيجة لموت الأصيل

= مودة بين حمام وبين وربة موكله وقد جاء قضاء محكمة النقض المصرية مخالفاً لما قضت به محكمة استئناف باريس على أنه تجدر الإشارة الى واقعة انطوت عليها تلك الدعوى وهي أن معظم وربة الموكل وكلوا عنهم محامين آخرين بعد وفاة مورثهم كما أن أحد الورثة أصدر الى المحامي نفسه توكيلاً جديداً ، على أنه يبقى أن تعرف الى أي حد يعتبر توكيل وكيل ثان عزلاً ضمنياً للوكيل الأول متى كان لا تعارض بين التوكيلين ومتى كانت الواقعة التي يراد استخلاص المزل الضمني منها لم تصل الى علم الوكيل الأول ؟ هذه لما سلمنا مع حكم استئناف باريس بأن اتجاه ارادة الأصيل الى استمرار النيابة بعد موته يلحق أن يستنتج من الظروف وبخاصة من موضوع النيابة ومن الغاية التي تستهدفها .

والآن في نفس معنى حكم النقض المدني المشار اليه : نفس جنائي ٢٣ أكتوبر

١٩٩٧ - مطبوعة المكتب الفني ٩٩٤/٢٠٢/١٨ .

٢٠٠٢ - سولجان من ١٦٨ - وليغني من ٩٠٩ .

تحد من اطلاق هذه النتيجة بتعليق تحققها على علم النائب والغير بهذه الواقعة . ومن هذا القانون المدني المصري (م ١٠٧ و م ٧١٣) والقانون المدني الفرنسي (م ٢٠٠٨ و ٢٠٠٩) والقانون المدني الايطالي (م ١٣٩٦) وقانون الالتزامات السويسري (م ٣٧) وقانون الموجبات والعقود اللبناني (م ٨١٩) والقانون المدني العراقي (م ٩٤٨) .

وهذا الاتجاه الأخير أقرب الاتجاهات الثلاثة الى التوفيق بين مصالح ذوى الشأن جميعا بما فيهم الغير المتعاقد مع النائب .

ولامكان القول باستمرار النية واتاجها أثرها رغم موت الأصيل يشترط أن يكون النائب والغير يجهلان معا وقت التعاقد انقضاء النية أى أن يكون الجهل بالواقعة المنهية للالابية مشتركا بينهما (١) . وهذه القاعدة لا تقتصر على انقضاء النية بموت الأصيل بل تعم سائر أسباب الانقضاء .

وعلة اشتراط الاشتراك فى العلم بسبب انقضاء النية بين الغير والنائب لامكان القول باستمرار النية ظاهرة لأننا بغير ذلك الاشتراك نكون فى أحد وضعين :

١ - نائب يجهل انقضاء النية يتعامل مع شخص من الغير يعلم ذلك الانقضاء وهنا يكون الغير سبىء النية قطعاً ولا تعرض لنا ضرورة حمايته عن طريق سحب أثر النية الى ما بعد تحقق سبب انقضائها .

٢ - نائب يعلم انقضاء النية يتعامل مع شخص من الغير يجهل ذلك ، وهنا نجدنا أمام حالة من حالات تجاوز النائب حدود نيابته وينبى أن يترك الحكم فيها للقواعد التى تنظم مسؤولية مثل ذلك النائب قبل

(١) تفسى مدنى ٣٠ مايو ١٩٦٣ - مجموعة الكتب القنى ٧٥٩/١٠٧/١٤ - انظر ص ٧٦٥ - ٧٦٦ حيث تقرر المحكمة أن المادة ١٠٧ لا تنطبق متى كان الوكيل عالماً بانقضاء نيابه وان ظل الغير المتعامل معه جاهلاً بهذا الانقضاء .

الغير الذين تعامل معهم ولا مبرر لالزام الأصل الذى عزل نائبه وأبلغه ذلك العزل أو الأصل الذى فقد أهليته أو ورثة الأصل المتوفى نتائج تصرف النائب سبب النية الذى تعامل مع الغير وهو يعلم انقضاء نيابته .

وحكم المادة ١٠٧ من القانون المدنى المصرى - وهى المادة الوحيدة بين المواد العامة فى النيابة التى تتعرض لانقضائها - ينطبق على جميع حالات النيابة - اتفاقية كانت أم قانونية - وهو مستحدث فى القانون الحالى الذى تشير مذكرته الايضاحية الى أنه « قد تنقضى النيابة دون أن يعلم النائب بذلك كما اذا كان يجهل موت الأصل أو الغاء التوكيل . اذا تعاقد فى هاتين الحالتين مع شخص حسن النية لا يعلم بانقضاء النيابة كان تعاقد هذا ملزما للأصل وخلفائه وقد قصد من تقرير هذا الحكم الى توفير ما ينبغى للمعاملات من أسباب الثقة والاستقرار » .

ولم يكن قانوننا المدنى القديم يحوى سوى نص المادة ٥٣٠ وحكمها خاص بالوكالة وقاصر على حالة انقضائها بموت الموكل أو بعزل الوكيل . ولل قضاء المصرى تطبيقات عديدة لتلك المادة قبل صدور القانون المدنى الحالى فمن ذلك حكم محكمة استئناف مصر فى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٣ (١) : « الأعمال التى يجرها الوكيل بعد وفاة الموكل بدون أن يعلم بوفاته تكون صحيحة وقانونية . وتصرف الوكيل وهو لا يعلم بوفاته موكله ليس باطلا بطلانا مطلقا بل بطلانا نسبيا فلا يحتج به الا ورثة الموكل وفى وجه من عامل الوكيل بسوء نية » (٢) .

وكذلك حكم محكمة بنى سويف الابتدائية ٩ يناير سنة ١٩٣٦ (٣) « من المجمع عليه قضاء أنه وان كانت الوكالة تنتهى بوفاته

(١) الحاماة ١٣ - ٣٥٣ - ٧١٥ .

(٢) يلاحظ على استعمال تعبير « البطلان » فى هذا الحكم من عدم الدقة والصواب

« عدم الظل » لا « البطلان » .

(٣) الحاماة ١٦ - ٢٢٦ - ٥٢١ ، والمجموعة الرسمية ٢٧ - ٢١٤ .

الموكل الا أن أعمال الوكيل التي قام بها بغير علمه ب وفاة الموكل تظل صحيحة » • ولكن هل كان القضاء في ظل القانون القديم يطبق نفس القاعدة في غير حالة الوكالة ؟

قضت محكمة النقض المصرية (١) في دعوى ينطبق عليها القانون المدني القديم بأن حكم المادة ٥٣٠ خاص بالوكالة فلا يسرى على النيابة التاثيرية بحيث اذا كان المحجور عليه قد توفي قبل صدور قرار المجلس الحسبي باعتماد تصرف القيم فان التصرف المذكور لا يقوم صحيحا ولو كان الغير المتعاقد مع القيم حسن النية بل ولو كانت الوفاة مجهولة وقت التصرف من جميع ذوى الشأن • وأخذنا بهذا المبدأ نقضت المحكمة حكم الاستئناف الذى كان قد قضى بصحة التصرف قياسا على المادة ٥٣٠ باعتبار أن القوامة نوع من الوكالة يسرى عليه حكم تلك المادة • وعندنا أن حكم النقض المذكور يقوم على التضييق من نطاق المبدأ بشكل لا يتفق وضرورة استقرار المعاملات بينما أن حكم الاستئناف المنقوض كان أكثر تمشيا مع تلك المصلحة وهو الاتجاه الذى أخذ به المشرع فى القانون المدني الحالى اذ جاء نص المادة ١٠٧ عاما ينسحب على كافة أنواع النيابة من اتفاقية وقانونية بحكم وروده فى صيغة عامة وبين مواد النيابة بوجه عام خلافا لنص المادة ٥٣٠ من القانون القديم التى وردت فى الباب الخاص بعقد الوكالة •

وتجد فى الشريعة الاسلامية هذه القاعدة عينها فى انقضاء النيابة بموت الأصيل وبعض الأقوال فى مختلف المذاهب تقدير انقضاء النيابة بما يقيد به القانون المدني من وجوب علم النائب والغير بواقعة موت الأصيل (٢) •

(١) أول مارس ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض المدنية - السنة الثانية - العدد الثانى رقم ٧٣ ص ٣٩٤ وما بعدها •

(٢) الفتاوى ج ٥ ص ٢٤ وبداية المجتهد ج ٢ ص ٢٥١ - والمفتوى الكبيرى - ١٠ ص ٧٥ قلت لابن القاسم أرايت لو أن رجلا أمر رجلا أن يشتري له سلعة من =

١٦٩ - وجدير بالذكر أن عبء الإثبات في حالة استمرار النيابة بعد تحقيق سبب انقضاءها انما يقع على عاتق من علق القانون استمرار النيابة في هذه الصور على عدم علمهم بواقعة الانقضاء أى على عاتق النائب أو الغير المتعاقد معه بحسب الأحوال ومؤدى ذلك أن الأصل أو ورثته ليس عليهم لكى يصلوا الى عدم الالتزام بآثار تصرف النائب الا أن يثبتوا حصول الواقعة المنهية للنيابة دون أن يقع على عاتقهم عبء اثبات علم النائب والغير بها ، وعلى هذين - أو أحدهما - يقع عبء اثبات جهلها بالعزل أو بالموت أو بفقد الأهلية الذى لحق الأصل .

وفي هذا الصدد تقول محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥٧ (١) أن :

« القانون لم يشترط في خصوص عدم نفاذ التصرفات الصادرة من الوكيل بعد انقضاء الوكالة بالنسبة للموكل وجوب اعلان الغير بانقضاء الوكالة وانما شرط لنفاذ مثل هذه التصرفات على الموكل أن يكون الغير حسن النية أى غير عالم بانقضاء الوكالة ، ويستتبع هذا أنه يجب على الغير أن يتمسك في هذا الخصوص بحسن نيته أى أنه بحسب الموكل الذى يحتاج بتصرف أجراء الوكيل بعد انقضاء وكالته أن يثبت انقضاء الوكالة وعلى الغير الذى يبنى الاحتجاج بهذا التصرف - ان شاء - التحدى بحسن نيته أمام محكمة الموضوع حتى تستطيع

= السلع . . مات الأمر ثم اشتراها وهو لا يعلم بموت الأمر أو اشتراها ثم مات الأمر . . (قال) ذلك لازم للورثة كلهم فان اشتراها وهو يعلم بموت الأمر لم يلزم الورثة . . لأن مالكا مسئل عن الرجل يوكل الرجل بجهز له المتاع يبيع له ويشتري فيبيع ويشتري وقد مات صاحب المتاع . (قال) أما ما باع أو اشترى قبل أن يعلم بموت الأمر لذلك جائز على الورثة وأما ما اشترى وباع بعد أن يعلم فلا يجوز ذلك فالتك مثل هذا لأن وكالته قد انقضت »

(١) المحاماة ٣٨ - ٣٨٩ - ٩٠٨ .

أن ثبت في هذا الدفاع على الوجه اندى رسمه القانون وعلى ذلك فإذا كان التصرف الصادر من الوكيل قد صدر منه بعد انقضاء الوكالة فلا يجوز لتغير التحدى لأول مرة أمام محكمة النقض بعدم علمه بهذا الانقضاء متى كان لم يقدم بملف الطعن ما يدل على أنه عندما ووجه أمام محكمة الموضوع بذلك الانقضاء تمسك بعدم علمه به « (١) » .

وقد كان القضاء ميالا أول الأمر الى التشدد مع النائب ومع الغير 'لتعامل معه في قبول أدلتها على جهلها بالواقعة المنهية للنياحة الا أنه قد لوحظ في المدة الأخيرة - وبصفة خاصة في القضاء الفرنسى - ميل ظاهر نحو التخفيف من عبء اثبات الجهل بالواقعة الموجبة لانقضاء النياحة ومن تلك الأحكام الاحداث عهدا حكم النقض الفرنسى الصادر في ١٦ نوفمبر سنة ١٩٥٤ (٢) واكتفت فيه المحكمة بطرف صعوبة

(١) انظر عكس ذلك : السنهورى : الوسيط ج ٧ - للجلد الأول - ص ٦٥٨ حاشية ٣ حيث يرى أن حكم النقض المشار اليه غير واضح في المعنى الذى تقول به . « وسعد على عرفة » شرح القانون المدنى الجديد في التأمين والوكالة . ص ٣٤٦ : « و اذا ثار النزاع حول علم الوكيل أو الغير بالزول أو جهله ايده فانه يكون على الموكل الذى يدعى يراة ذمته من الالتزامات التى عقدتها الوكيل للمزول أن يثبت أن أحدهما كان على بينة من الزول وقت التصاقد وذلك تطبيقا للقواعد العامة التى تنور افتراض حسن النية دائما ، فكل من يدعى أن خصمه كان سوء النية أن يقيم الدليل على صحة ما يدعيه » وكذلك ص ٣٥١ : « ونرى أن على من يدعى علم الوكيل أو الغير بالولاء . . للتخلص من الالتزامات المترتبة لصالح الثانى أن يثبت واقعة العلم لأن حسن النية مفروض حتى يثبت العكس » .

ويلاحظ على رأى الأستاذ الدكتور عرفة في هذه الخصوصية أن الأمر لا يتعلق بحسن النية أو سوءها في نطاق الرابطة العقدية التى ثبت قيامها ، وإنما يتعلق الأمر بقيام تلك الرابطة العقدية ابتداء أو عدم قيامها ، ولذا كان الأصل أن الزول وموت الأصل وفقد أهليته تنهى النياحة فعل من يدعى استعراة النياحة استثناء من ذلك الأصل أن يثبت تورط أسباب الاستثناء وذلك تطبيقا للقاعدة العامة في الإثبات وهى أن عبته يقع على من يدعى خلاف الثابت أصلا . « هذا الى أن محكمة النقض قد جرت على الرأى الذى اثبتناه في لكتن كما نلهم » .

(٢) Juris-classeur périodique, 1954, II, 8616. مع تعليق بقلم Giverson وهذا الحكم مشار اليه كذلك في المجلد ريع السنوية ١٩٥٥ ص ٥٢٢ .

للمواصلات للقول بمرئان عقد الوكيل المعقود بعد وفاة الموكل في حق ورثة هذا الأخير معتبرة أن ذلك الطرف مقتضاه أن الوكيل اذ تصرف كمن يجهل وفاة الموكل وفي واقعة الدعوى التي صدر فيها ذلك الحكم كان الموكل لاجئا الى أمريكا أثناء الحرب العالمية الثانية ، ويعتبر هذا القضاء تطورا نحو التخفيف من عبء اثبات جهل الوكيل بوفاته الموكل خلافا لأحكام النقض الفرنسى القديمة التي كانت تتشدد فى القاء عبء اثبات الجهل بالفوارة على كاهل الوكيل الذى تصرف غير عالم باقضاء وكالته (١) .

١٧٠ - ٢ - فقد الاهلية أو نقصها :

يرتب القانون أيضا انقضاء النيابة على فقد الأصل لأهليته وهذا السبب من أسباب الانقضاء يقتصر مجاله بطبيعة الأمور على النيابة الاختيارية (الاتفاقية) لأن النيابة الضرورية (القانونية) المفروض فيها أن الأصل فاقد الأهلية أو ناقصا ولهذا ينص القانون على تعيين نائب له يتولى عنه التصرفات القانونية التي يعجز الأصل عن توليها بنفسه .

ففى النيابة الاختيارية اذا وقع الحجر على الأصل وامتنع عليه بذلك أن يجرى التصرف الذى صدرت عنه الانابة فيه كان طبيعيا أن تنقضى بذلك النيابة وهذا الانقضاء يرجع فى الحقيقة الى استحالة التنفيذ ويقترب من انقضاء الالتزام لهذا السبب عنه (م ٣٧٣ مدنى مصرى) .

ومعظم التشريعات تنص على انقضاء النيابة بفقد الأصل لأهليته فقدنا كليا ولم يشذ عن قاعدة انقضاء النيابة بفقد أهلية الأصل فقدنا كليا الا القانون المدنى الألماني (م ١٧٤) وقانون الالتزامات السويسرى

(١) انظر المجلة ربع السنوية ١٩٥٥ - ٥٢٢ .

(م ٤٦٥) وبعض التشريعات التي تأثرت بهذين التقنينين تأثرا كبيرا
كالقانون المدني الصيني (م ٥٧٤) والقانون المدني الإيراني (م ٤٠٠) .

أما حالة فقد الجزئي للأهلية فالحكم فيها استمرار النيابة في
حدود الأهلية المقيدة للأصيل وهو ما يتفق والحكمة من انقضاء النيابة
يفقد الأهلية إذ ما دام أن الأصيل لا يزال متمتعا بأهلية القيام بتصرفات
معينة فلا محل لانقضاء النيابة بالنسبة لتلك التصرفات بل المصلحة في
استمرارها وتنقضي النيابة فقط بالنسبة للتصرفات التي أصبحت خارجة
عن حدود أهلية الأصيل الجديدة دون سواها .

١٧١ - وفي الشريعة الإسلامية نجد هذا الحكم عينه معللا
بالحكمة نفسها إذ قرأ في المعنى (ج ٥ ص ٢٤٣) : « ومتى خرج
(الموكل) عن كونه من أهل التصرف ... فحكمه حكم الموت . لأنه
لا يملك التصرف فلا يملكه غيره من جهته ... وإن حبر على الموكل
وكانت الوكالة في أعيان ماله بطلت لانقطاع تصرفه في أعيان ماله وإن
كانت في الخصومة و الشراء في الذمة أو الطلاق أو الخلع أو القصاص
فالوكالة بحالها لأن الموكل أهل لذلك وله أن يستنيب فيه ابتداء
فلا تنقطع الاستدامة » .

١٧٢ - ٣ - افلاس الأصيل :

إذا حكم بإشهار افلاس الأصيل فإن النيابة تنقضي لذلك السبب
إذ أن المفلس لا يملك مباشرة التصرف في أمواله بعد كف يده عنها
فإن لم يستطع التصرف بالاصالة فلا محل للقول بإمكان تصرفه بطريق
النيابة وبذلك تنقضي النيابة ويرجع اقتضاؤها على هذه الصورة إلى
فكرة استحالة التنفيذ كما في فقد الأهلية فقدا تاما .

واشترط العلم بالواقعة التي يترتب عليها انقضاء النيابة يسرى

كذلك على فقد الأهلية واشهار الافلاس ونحيل بهذا الصدد على ما تقدم لنا بخصوص العلم بموت الأصل تحاشيا للتكرار •

١٧٣ - (ب) أسباب انقضاء النيابة المتعلقة بشخصى النائب:

كما تنقضى النيابة بموت الأصل وانعدام أهليته واشهار افلاسه كذلك تنقضى اذا عرض للنائب شيء من هذه العوارض •

ويضاف بالنسبة للنائب فى تبرير انقضاء النيابة بفقد الأهلية والافلاس - فضلا عن استحالة التنفيذ - اعتبار تزعزع الثقة التى كانت ملحوظة فيما بين الأصل والنائب الاتفاقي وقت أن صدرت اليه الانابة من الأصل •

غير أنه يصح أن تتساءل : هل طرؤ عارض من عوارض الأهلية على النائب ينهى النيابة ولو ظل النائب بعد طرؤ ذلك العارض متمتعا بأهلية التمييز وبالتالى صالحا لأن يكون نائبا طبقا للقاعدة المقررة فى هذا الشأن ؟ من المستطاع تبرير الاجابة على هذا السؤال بالإيجاب على أساس تزعزع الثقة التى كانت باعثة للأصيل على انابة النائب اذ لا يستوى انابة شخص ناقص الأهلية ابتداء واستمرار نيابة شخص كان كامل الأهلية ثم طرأ عليه النقص فيها وذلك لاحتمال أن الأصل ما كان يقدم على انابته لو كان ناقص الأهلية من أول الأمر •

وبخصوص اشهار افلاس النائب يلاحظ أن الافلاس لا يعدم أهلية المفلس اذ يظل متمتعا بأكثر من القدر الأدنى من الأهلية اللازم للنائب (١) ومع ذلك فالأولى اعتبار النيابة فى هذه الحالة منقضية تأسيسا على زوال ثقة الأصل بالنائب المفلس • هذا وليس ثمة ما يمنح الأصل اذا أراد الاحتفاظ بنائبه برغم افلاسه أن يصدر له انابة جديدة •

(١) قلون حكم الشريعة الإسلامية بهذا الخصوص فى « الملقى » ج ٥ ص ٢١٣

« وإذا جبر على الوكيل المفلس فالوكالة بحالها لأنه لم يخرج عن كونه أهلا للتصرف » •

الفصل الثانى

الاسباب الاختيارية لانقضاء النيابة

١٧٤ - انقضاء النيابة بمرادة الأصل أو النائب :

علم لنا مما تقدم أن النيابة الاتفاقية تستند الى ارادة الأصل المتمثلة فى الانابة ولما كان الأصل هو الذى يسبغ بارادته على النائب صفة النيابة عنه كان طبيعيا أن يكون للأصيل متى شاء أن يغير تلك الارادة فينفي عن النائب تلك الصفة وذلك عن طريق عزل النائب .

كما أن النائب بدوره وان كان مسلطا على ذمة الأصل بمرادة هذا الأخير وكان بالتالى ذا صفة فى الزام الأصل آثار التصرفات التى يبرمها باسمه الا أنه غير ملتزم باستعمال هذه السلطة ولا بالاستمرار فى حمل تلك الصفة فيستطيع النائب اذن أن يتنحى عن ذلك بمرادته فيعزل نفسه ان شاء أن يعزل .

وهذه القاعدة مترتبة على خصائص نظام النيابة ذاتها فهى نتيجة طبيعية لها ولذا نجدتها فى تشريعات كافة للبلاد .

(أ) العزل :

تنص المادة ١٥٧/١ من القانون المدنى المصرى فى باب الوكالة

على أنه « يجوز للموكل فى أى وقت أن ينهى الوكالة أو يقيدھا ولو وجد اتفاق يخالف ذلك » •

وانقضاء النيابة بالعزل شأنه شأن سائر أسباب الانقضاء فى انطباق عموم نص المادة ١٠٧ من القانون المدنى المصرى واذن فان أثر العزل يتخلف فى الحالة التى يثبت فيها جمل المتعاقدين (النائب والغير) بعزل النائب ، كما أن الفقرة الثانية من المادة ٧١٥ تتضمن بدورها قيودا على حق الأصيل فى عزل النائب الاتفاقى ويمكن رد هذه الاستثناءات بنوعیها الى اعتبارین :

(الأول) حماية الغير حسن النية (م ١٠٧) •

(والثانى) مراعاة حق النائب أو الغير اذا كانت الانابة صادرة

لصالحهم (م ٢/٧١٥) •

١٧٥ - بخصوص حماية الغير نجد أن القاعدة التى تقضي بتخلف أثر العزل متى كان لم يصل الى علم الغير والنائب معا معروفة فى تشريعات مختلف البلاد اذ نجدھا فى القانون المصرى فى المادة ١٠٧ التى يعم حكمها جميع أسباب انقضاء الانابة بما فيها العزل ونجدھا كذلك فى قانون الالتزامات السورى (م ٣/٣٤) كما نجدھا فى القانون المدنى الفرنسى (م ٢٠٠٥) والقانون المدنى السوفيتى (م ٢٧١) وكذا قوانين البلاد التى تبنت تقنين نابليون كما اعتمدت هذه القاعدة لجنة تنقيح القانون المدنى الفرنسى فى المادة ٢٦ من مشروع اللجنة التفرعية للتصرفات القانونية الذى أقرته اللجنة العامة فى سنة ١٩٤٨ ونصھا « لا يجوز للأصيل أن يحتج بتقييد أو سحب أو انقضاء مكتة النائب قبل من كان يعجل ذلك فى الوقت الذى اكتسب فيه حقوقا بواسطة النائب » •

غير أن هناك حالات يمكن فيها القول بأن العزل وتقييد الانابة

يتجاذب آثارهما بلا توقف على علم الغير ومن ذلك الحالات الثلاث الآتية :

١ - إذا كانت الانابة قد ثبتت بوثيقة صادرة من الأصيل الى النائب وتم سحبها منه أو الغاؤها بالاجراءات المقررة فى قانون البلد الذى يباشر فيه النائب نشاطه •

٢ - اذا كانت الانابة ناشئة عن وضع يشغله النائب و انتهى شغله لذلك الوضع •

٣ - اذا كانت الانابة مسجلة أو منشورة فى الصحف وتم الغاؤها بالطريقة عينها (١) •

والاعتبار الذى يجمع هذه الاستثناءات الثلاثة هو أن الأصيل وقد أنهى النيابة بذات الأسلوب الذى كان قد أوصلها به الى علم الغير يكون قد فعل كل ما فى وسعه لاعلام الغير بانقضاء الانابة ولا يبقى ثمة داع لتطبيق تحقق آثار العزل على ثبوت علم الغير بحصوله •

١٧٦ - ووجب علم الغير بعزل النائب لامكان تحقق آثاره مقرر كذلك فى الشريعة الفراء اذ يقول شمس الأئمة فى « المبسوط » (ج ١٩ ص ٦٩) « وان كان رب الدين وكله بمحضر من المطلوب (أى المدين) يبرأ بالدفع حتى يأتيه الغير أنه قد أخرجه من الوكالة لأن توكيله اياه بمحضر من المطلوب أمر له بالدفع اليه ثم الاخراج فهو له عن ذلك فبعد ما علم بالأمر لا يثبت حكم النهي فى حقه ما لم يعلم به » •

ومثله ما نجده فى «رد المحتار على الدر المختار » (ج ٤ ص ٤٣٤) :

(١) انظر المادة ٢٦ من المرسوم التمهيدى الأول للمهدى الدول لتوحيد القانون الخاص ، وقانون المادتين ٣٤ و ٣٥ من المرسوم الأخير للمعهد الصادر سنة ١٩٧١ •

« وكله يقبض الدين ملك عزله ان يغير حضرة المديون وان
وكله بحضرته لا (يملك عزله) لتعلق حقه به كما مر الا اذا علم به
(بالزل) المديون فحينئذ ينزل ثم فرع عليه بقوله فلو دفع دينه اليه
أى الوكيل قبل علمه أن المديون بعزله يبرأ وبعده لا لدفعه الى غير
وكيل » .

وفى « المضى » (ج ٥ ص ٢٤٢) « والرواية الثانية عن أحمد
لا ينزل قبل علمه بموت الموكل وعزله . لأنه لو انزل قبل علمه كان
فيه ضرر لأنه قد يتصرف تصرفات باطلة وربما باع الجارية فيطؤها
المشتري . و الطعام فيأكله أو غير ذلك فيتصرف فيه المشتري ويجب
ضمانه ويتضرر المشتري والوكيل » .

وواضح أن الحكمة التى دعت الى تقرير هذا الحكم فى الشريعة
هى نفسها الحكمة التى صدرت عنها القاعدة فى القوانين الحديثة وهى
حماية الغير حسنى النية ممن تعاملوا مع النائب غير عالمين بعزله .

١٧٧ - أما عن تعلق حق النائب أو الغير بالانابة فان الانابة
قد تكون صادرة لا فى مصلحة الأصل وحده وانما كذلك فى مصلحة
النائب كأن ينيب المدين دائنه فى ادارة أملاكه وخصم ربهما من دينه
أو فى مصلحة الغير كأن يتضمن عقد بيع ابتدائى انابة من البائع الذى
يؤمّن التفتيش فى سفر طويل الى شخص ثالث فى توقيع العقد النهائى
فهذه الانابة تعتبر صادرة فى مصلحة المشتري وقد تكون الانابة فى
مصلحة الغير والنائب معا كمن يوكل شخصا فى بيع بعض أمواله على
أن يستوفى من الثمن ديناً له ويوفى بالباقي ديناً على البائع للغير وفى
أمثال هذه الحالات يستحسن تقييد حق الأصل فى انهاء الانابة بعزل
النائب وهذا ما تناوله المادة ٧١٥/٢ من القانون المدنى المصرى ونصها:
« على أنه اذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح

أجنبي فلا يجوز للموكل أن ينهى الوكالة أو يقيد بها دون رضا من صدرت الوكالة لصالحه » .

١٧٨ - ونجد القاعدة عينها - شاملة العزل وغيره من أسباب الانقضاء - في الشريعة الإسلامية إذ يقول صاحب « رد المحتار على اندر المختار » :

« واعلم أن الوكالة إذا كانت لازمة لا تبطل بهذه العوارض فلذا قل الا الوكالة اللازمة إذا وكل الراهن العدل أو المرتهن ببيع الرهن عند حلول الأجل فلا ينزل بالعزل ولا يموت الموكل وجنونه . قلت ونالحاصل كما في البحر أن الوكالة ببيع الرهن لا تبطل بالعزل حقيقة أو حكماً ولا بالخروج عن الأهلية يجنون وردة » (١) .

١٧٩ - والأصل في الشريعة الإسلامية - كما في القوانين الحديثة - أن للأصيل دائماً الحق في عزل نائبه في أي وقت يشاء ولذا قالوا - في خصوص الوكالة - انها « من العقود الجائزة غير اللازمة حتى ملك كل من الموكل والوكيل العزل بلا رضا الآخر » (٢) .

غير أن بعض فقهاء الشريعة أثاروا مسألة « الوكالة الدورية » وصورتها أن يقول الموكل للوكيل : « كلما عزلتك فأت وكيلي » وبذلك تتجدد للوكيل عقب كل عزل وكالة جديدة ، وذهب هؤلاء الفقهاء الى أن هذه الوكالة الدورية من شأنها جعل الوكيل بمنجاة من العزل لأنه كلما عزل تحقق شرط وكالة جديدة وهكذا يمكن التغلب

(١) خاتمة ابن عابدين ج ٤ ص ٤٢٨ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٦ ص ١٠٢ . وانظر خاتمة ابن عابدين ج ٤ ص ٤٣٣ .

حيث يقول « الوكالة من العقود التي لازمة » للموكل . العزل حتى شاء ما لم يتعلق به حق الغير . »

على عدم لزوم الوكالة ويحرم الأصل من حقه في العزل ، وقد سائر هؤلاء الفقهاء في هذا النظر بعض الشراح المحدثين (١) .

والواقع أن ما قيل من أن هذه « الوكالة الدورية » من شأنها امتناع عزل الوكيل غير صحيح وفي هذا يقول صاحب « شرح فتح التقدير » (٢) :

« رد المحققون قول بعض المشايخ فيما لو قال كلما عزلتك فأنت وكيلى لا يملك عزله . . فانه يستلزم كون الوكالة من العقود اللازمة لا الجائزة فالحق إمكان عزله ثم اختلفوا في تحقيق لفظ العزل فقيل أن يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف الى المعلق والمنجز ، وقيل لا يصح لأن العزل فرع قيام الوكالة وذلك إنما يتحقق في المنجز لأن المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط فالصحيح أن يقول عزلتك عن الوكالة المنفذة ورجعت عن الوكالة المعلقة والرجوع عنها صحيح » .

كما نقرأ بالمعنى نفسه فى حاشية ابن عابدين قوله :

« قالوا لو قال الموكل للوكيل كلما عزلتك فأنت وكيلى لا يملك عزله لأنه كلما عزله تجددت الوكالة له . . . ولكن الصحيح إذا أراد

(١) انظر مصطفى رشيد بلجساي . « النية في التصرفات القانونية » استانبول سنة ١٩٤١ (بالتركية) - ص ٩٦ - ٩٧ : « في القانون (التركي) القديم لم يكن ثمة ما يمنع من صدور وكالة ثانية معلقة على شرط عزل الوكيل من وكالة الأولى وهذه نتيجة لقاعدة جواز تعليق الوكالة على الشرط . وفي هذه الحالة إذا عزل الموكل وكيله فإن الوكالة الثانية المعلقة على شرط العزل تتحقق ويكون للوكيل بمقتضاها أن يصعد التصرفات القانونية باسم الموكل وكانت الوكالة التي تصدر بهذه الصورة تسمى الوكالة الدورية » .

وشايق شحاتة : « النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية » سنة ١٩٨١ ص ١٥٦ - ١٥٧ حيث يصعد العقود غير اللازمة أولها الوكالة . ثم يعرف « هل أن الفقه المصلح قد عالج عدم لزوم الوكالة عن طريق ما يعرف باسم الوكالة الدورية » .

(٢) ج ٦ ص ١٠٢ .

عزله وأراد أن لا تتعقد الوكالة بعد العزل أن يقول رجعت عن المعلقة وعزلتك عن المنجزة لأن ما لا يكون لازما يصح الرجوع عنه والوكالة منه « (١) » .

١٨٠ - وكما تكون الانابة نفسها صريحة أو ضمنية كذلك يصح أن يكون العزل صريحا أو ضمنيا ولا يقيد من اطلاق هذه القاعدة في العمل الا وجوب وصول العزل الى علم النائب وعلم الغير كما تقتضيه المادة ١٠٧ من القانون المدنى المصرى والنصوص المقابلة لها فى التقنيات الأخرى اذ قد ثور فى حالة العزل الضمنى صعوبات عملية فى اثبات علم النائب والغير المتعامل معه بذلك العزل الضمنى . هذا وان صدور الانابة صريحة لا يقتضى وجوب كون العزل صريحا اذ لا ارتباط بين شكل الانابة وشكل العزل وهذا ما قرره محكمة استئناف مصر فى حكمها الصادر فى ٢٦ أكتوبر ١٩٤١ (٢) الذى تقول فيه المحكمة :

« حصول التوكيل بالكتابة لا يمنع العزل بغير الكتابة اذا حصل هذا العزل بوقائع مادية لاشك فيها لأن الوقائع المادية يجوز اثباتها بالشهود والقرائن » .

واستخلاص العزل الضمنى من الوقائع هو من اطلاقات قضاء الموضوع يستهدون فيه بطروف كل حالة على حدة فلا يمكن وضع قاعدة عامة بصده ولا أدل على ذلك من اختلاف الأحكام القضائية باختلاف وقائع القضايا التى صدرت فيها فحكم محكمة استئناف مصر سالف الذكر قرأه :

« اذا ثبت قطعا من شهادة شهود الطرفين أن الموكل الذى وكل

(١) ج ٤ طابعى ص ٤٣٣ .

(٢) للمخاتة ٢٢ - ١٢٦ - ٣٧٠ .

وكيلا لإدارة أطيافه جاء بعد سنة أو سنتين وأدار أطيافه وأجرها بنفسه
وحصل أجرتها بنفسه يعتبر هذا عزلا ضمنا » •

بينما تقرر محكمة استئناف مصر نفسها في حكمها الصادر في ٢٤
نوفمبر سنة ١٩٤٠ (١) :

« أنه وإن كان عزل الموكل للوكيل يصح أن يحصل ضمنا إلا أنه
يجب أن يثبت ذلك قطعا ولا يصح استنتاجه من ظروف لا تدل عليه
ستما • وليس هناك ما يمنع الموكل من أن يأخذ مباشرة ممن استأجر
من وكيله الأجرة المستحقة عليه كلها أو بعضها مع بقاء الوكالة قائمة
إذ لا يمكن اعتبار ذلك عزلا كلياً أو جزئياً للوكيل » •

ومن أحكام القضاء الفرنسي ما قضى بأن التوكيل الصادر في
بيع عدة أموال مملوكة للموكل والمتضمن شرط عدم عزل الوكيل
(لوجود مصلحة لهذا الأخير في الوكالة) ليس من شأنه منع الموكل من
التصرف في تلك الأموال بصفته مالكا لها ، (٢) ومعنى ذلك أنه ليست
في تصرف الموكل شخصا مخالفة لشرط عدم العزل وما ذلك إلا لأن مثل
هذا التصرف لا يستتج منه حتما العزل الضمني للوكيل في جميع
الحوالات •

والواقع أنه بصدد اعتبار تصرف الأصيل شخصا قبل أن يتصرف
النائب عزلا ضمنيا لهذا الأخير تبغى التفرقة بين الانابة الممتدة في الزمان
— مثل الانابة في إدارة أموال الأصيل أو الانابة في البيع والشراء على
سبيل التجارة — وبين الانابة الخاصة المحددة التي لا تنصب إلا على
تصرف واحد معين بالذات •

(١) للمحاتة ٢١ - ٢٥٧ - ٥٧٢ ، والمجموعة الرسمية ٤١ - ٢١٣ - ٥٥٢ •

(٢) نفس فرنسي ١٦ يوليو ١٩٧٠ - دالوز ١٩٧١/قضاء/٢٦١ مع تعليق بقلم
جان - لوك أوبير •

ففى حالة الانابة التى ينسحب أثرها على فترة زمنية تتكرر خلالها تصرفات النائب يصح القول بأن قيام الأصل بنفسه يتصرف أو أكثر لا يخلص منه حتما العزل الضمنى للنائب وتكون مسألة حصول العزل انضمامى أو عدم حصوله متروكة لظروف كل حالة على حدتها على أساس ما يستنتج من تلك الظروف من اتجاه ارادة الأصل الى عزل النائب أو عدم اتجاهها الى العزل ، ويرجع ذلك الى كون الانابة الاختيارية لا تستتبع تقييد حق الأصل فى التصرف بنفسه من جهة وإلى كون دلالة مثل ذلك التصرف على وجود ارادة العزل الضمنى لدى الأصل ليست حتمية من جهة أخرى .

أما الانابة المقصورة على تصرف واحد معين - كالانابة فى بيع عقار أو منقول محدد بالذات - فهذه تعتبر منقضية بالعزل الضمنى متى تصرف الأصل نفسه قبل أن يتصرف النائب وتلك نتيجة طبيعية لاستنفاد الغرض المقصود من الانابة قبل أن يباشر بمقتضاها النائب أى تصرف ولأن المحل الواحد لا يقبل تصرفين أحدهما من الأصل والآخر من نائبه .

على أنه فى جميع الحالات تبقى مسألة علم النائب والغير المتعاقد معه بحصول العزل الضمنى على هذه الصورة ، وقد يتخلف أثر العزل الضمنى فى حالة بيع النائب - فى مثالنا - الشيء المنوط به ببيع دون أن يعلم هو ولا المشتري منه بسبق تصرف الأصل بنفسه فى ذلك الشيء وفى هذه الحالة تكون المفاضلة بين المشتري من الأصل والمشتري من النائب - مع تساويهما فى حسن النية - بأسبقية وضع اليد على المبيع، هذا بالطبع مع مراعاة قواعد الشهر فى البيوع العقارية .

١٨١ - هذا كله فى النياية الاختيارية (الاتفاقية) أما انثابة الضرورية (القانونية) فبدهى ألا يكون الأمر فيها كذلك بالنسبة

نلعزل ، ذلك لأن الأصل في حالات النيابة الضرورية معدوم الإرادة أو ناقصها والقانون هو الذى ينص على أن يكون له نائب يباشر نيابة عنها التصرفات التى يعجز الأصل بحكم نقص أهليته عن مباشرتها ونعين هذا النائب قد يكون بنص القانون (كما فى ولاية الأب أو الجد) وقد يكون بحكم من القضاء استنادا الى نص القانون (كلوصى والقيم) وعزله عن النيابة يكون فى الحالين بحكم من القضاء فى الأحوال التى ينص عليها القانون وللأسباب التى يحددها وبالإجراءات التى يرسها أما الأصل نفسه فمن الطبيعى ألا يكون له الحق فى عزل النائب القانونى اذ أن الاعتبارات التى أدت الى تعيين نائب له من شأنها ألا يترك عزل ذلك النائب الى إرادة الأصل وهى إرادة مفقودة أو غير مكتملة .

١٨٢ - (ب) نزول النائب عن الولاية :

كما يستطيع الأصل إنهاء النيابة الاختيارية بإرادته المنفردة يستطيع النائب كذلك بإرادته المنفردة وضع حد لنيابته الاختيارية وقد نص القانون المدنى المصرى على ذلك فى خصوص الوكالة فى المادة ٧١٦ منه التى تقرر حق الوكيل فى النزول عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك . واذن فحق النائب الاختيارى فى النزول عن النيابة لا يمكن التنازل عنه كقاعدة عامة ولهذه القاعدة استثناءات تتعلق بالعلاقة الداخلية بين الوكيل والموكل لا بالنظرية العامة للنيابة ومحلها لذلك هو فى بحث أحكام عقد الوكالة (١) .

واعترال النائب ينتج أثره فور اتصاله بعلم الأصل (م ٧١٦ « ٠٠٠ ويتم التنازل باعلانه للموكل ٠٠ ») بلا توقف على ثبوت علم الغير به وهذه الحالة - حالة نزول النائب عن الولاية - تخرج لذلك

(١) انظر السنهورى : الوسيط ج ٧ - المجلد الأول - ص ٦٧١ .

من مجال تطبيق المادة ١٠٧ من القانون المدنى المصرى اذ أن تلك المادة: تشترط لاستمرار النيابة رغم تحقق سبب انقضاءها أن يشترك النائب والغير المتعاقد معه فى عدم العلم بانقضاءها ، وفى صورة نزول النائب عن الانابة لا يمكن القول بأنه يجهل انقضاء الانابة لأنه هو الذى أنهاها بإرادته المنفردة وليس من المتوقع عملا فى هذه الصورة أن يستمر النائب فى التعامل مع الغير باسم الأصل بعد نزوله عن الانابة غير أنه ان حدث ذلك فلا يخرج الأمر عن أحد احتمالين : -

١ - أن يوجد مظهر من خلق الأصل أو تمكن نسبته اليه - مثل ترك سند الانابة بيد النائب رغم تنحيه - يجعل فى الامكان اعمال مبدأ النيابة الظاهرة وفى هذه الحالة يعتبر التصرف الذى تولاه النائب المنتحى باسم الأصل نافذا فى حق الأخير حماية للغير حسن انية (١) .

٢ - ألا يوجد مثل ذلك المظهر فتبقى الانابة الظاهرة وتكون أمام حالة شخص يتصرف بوصفه نائباً دون أن تكون له هذه الصفة فلا ينفذ تصرفه فى حق الأصل وتحكم العلاقة بينه وبين من تعاقد معه أحكام المسؤولية التى أوضحناها فى مكانها من هذا الكتاب (٢) . هذا وإن انتهاء النائب لنيابته بإرادته المنفردة لا يعفيه بطبيعة الحال من الالتزام الذى نصت عليه فى خصوص الوكالة المادة ١٧٧/١ من القانون المدنى المصرى (٣) وهو الوصول بالعمل الى حالة ينتفى معها الضرر على الأصل بل ان التزام النائب بذلك فى حالة الانقضاء

(١) أنظر ما تقدم من النيابة الظاهرة آتيا بند ١٢٢ وما بعده .

(٢) أنظر آتيا بند ١١٨ وما بعده .

(٣) ونصها « كل أى وجه كان انتهاء الوكالة يجب على الوكيل ان يصل بالاسمال الى بداها الى حالة لا تتعرض فيها للتلف » . وقانون ما ورد فى « نهاية للحاج » (ج ٤ ص ٣٩) « لو علم الوكيل أنه لو مزل نفسه فى غيبة موكله استعمل حل لئلا جائر حرم عليه المزل الى حضور موكله او أمينه على الحال »

الراجع الى ارادة النائب المنفردة هو من باب أولى وأحرى لأن حالات الانقضاء التى ترجع الى موت الأصل أو فقد أهليته أو اشهار افلاسه أو الى عزل النائب أى الى أمور لا يد فيها للنائب يلتزم فيها النائب مع ذلك بالوصول بالعمل الى حال ينتفى معها الضرر فكان التزامه بذلك فى حالة اختياره انهاء النيابة بأرادته أكثر تمثيلا مع علة الحكم ولهذا نصت المادة ٧١٧ على هذا الالتزام « على أى وجه كان انتهاء الوكالة » •

١٨٣ - ونزول النائب عن الولاية كسبب من أسباب انقضاء النيابة مجاله النيابة الاتفاقية (الاختيارية) دون النيابة القانونية (الضرورية) ففي النيابة القانونية يكون النائب مهوردا اليه بمهمة تتعلق بحماية ناقصى الأهلية أو بغير ذلك من الاعتبارات المتعلقة بالنظام العام ولهذا كان من الطبيعى ألا يملك النائب القانونى عزل نفسه وإنما كل ماله اذا أراد التنحي عن مهمته أن يرفع الأمر الى جهة القضاء التى عينته طالبا اليها اعفاءه من مهمته للأسباب التى يديها ولا ينزل النائب القانونى ولا تنقضى نيابته الا بقرار يصدر من جهة القضاء يقبلها تنحيه وتعيين من يخلقه وذلك كله بالتطبيق للأحكام وطبقا للأجراءات المقررة فى شأن مختلف نظم حماية ناقصى الأهلية أو غير ذلك من تطبيقات النيابة الضرورية •

الباب الرابع

في تنازع القوانين في النيابة

١٨٤ - قديما كانت الاقليمية المطلقة هي الميعار الذى كان
المشرع فى مختلف البلاد يعتنقه بالنسبة الى تحديد سلطان القانون
الوطنى فى المكان فلم تكن محاكم الدولة تطبق غير قانون الدولة وكان
ذلك القانون هو الذى يحكم كافة العلاقات القانونية التى يرفع أمرها
الى قضاء الدولة . ولعل هذه النظرة كان لها ما يبررها فى الماضى
حين كان نشاط الأفراد لا يجاوز حدود بلادهم ولم يكن لغير رعايا
الدولة سبيل الى التعامل على وجه ذى بال فيها أو مع رعاياها ، على أن
تتسع نطاق التجارة الدولية منذ القرون الوسطى أوجد التسمو
بأن العلاقات القانونية ليست كلها من نوع واحد بالنظر الى وجوب
خضوعها لقانون الدولة وأن ثمت علاقات لا تصطبغ بالصبغة الوطنية
البعثة التى تجعل انطباق القانون الوطنى عليها أمرا بديها لا مجال
للتشكك فيه وأن هذه العلاقات القانونية « ذات العنصر الأجنبى »
تتنازع أمرها فى الحقيقة قوانين أكثر من دولة واحدة ويصح خضوعها
لقانون غير القانون الوطنى .

وفى العصر الحديث زادت سهولة المواصلات وتشابك علاقات

الأفراد عبر الحدود الوطنية من هذا الطابع الدولي لكثير من العلاقات القانونية فوجدنا المشرع في بعض الدول أو أحكام القضاء واجتهادات الفقهاء في بعض الدول الأخرى ينشئ الى جوار القواعد الموضوعية التي تحكم العلاقات القانونية الوطنية قواعد أخرى يسترشد بها في تحديد القانون الواجب تطبيقه على علاقة ذات عنصر أجنبي يعتبرها النظام القانوني الوطني غريبة في الواقع عن مجال العلاقات الوطنية المحضة التي سنت قواعد تنظيمها ، واعتبار تلك العلاقات غريبة عن مجال العلاقات الوطنية وغير محتمة الخضوع للقانون الوطني يرجع الى كون أحد عناصر العلاقة أجنبيا عن الدول كأن يكون أطراف العلاقة أو بعضهم منتبها بجنسيته الى دولة أخرى أو أن يكون محل العلاقة كائنا على اقليم غير اقليم الدولة أو أن تكون الواقعة التي ربطت بين أطراف العلاقة حدثت خارج الدولة كأن يقع الفعل الضار أو أن يرم العقد مثلا في اقليم دولة أجنبية .

وهذه القواعد التي تشير الى القانون الموضوعي المنطبق على علاقة ذات عنصر أجنبي هي قواعد تنازع القوانين من حيث المكان أو قواعد الاسناد وهي تسند العلاقة القانونية المطروحة الى قانون معين من القوانين التي يبدو أنها تتنازع فيما بينها حكم العلاقة لارتباط كل منها بعنصر معين من عناصرها .

١٨٥ - والنيابة بالذات من العلاقات القانونية التي يبرز فيها الطابع الدولي لعلاقات القانون الخاص في العصر الحديث لا بسبب الزيادة الكبيرة في التبادل التجاري عبر الدول فحسب وانما لأن النيابة من شأنها تمكين الطرف المقيم في دولة معينة من التعاقد مع طرف آخر مقيم في دولة أجنبية دون أن يتكبد مشقة الانتقال اليه والالتقاء به على صعيد واحد ، ولئن كان اتساع نطاق الاتصالات البريدية والسلكية واللاسلكية قد مكن من التعاقد مع من هم وراء الحدود

الوطنية تعاقدًا مباشرًا لا بطريق النيابة فإن طبيعة المعاملات التجارية الحديثة تجعل الالتجاء إلى النيابة مع ذلك أمرًا ذائع الانتشار وذلك لما يحقّقه الحضور في المكان الذي يجري فيه التعامل من مزايا لا تخفى ، لهذا انتشر التعامل بطريق النيابة رغم إمكان التعاقد المباشر بل أن التجارة الدولية الحديثة تعرف ظاهرة التمثيل الدائم لتاجر أو لشركة في إقليم دولة أخرى يكثر معها تعاملها فضلًا عن حالات إفاد نواب لغرض مخصوص أو اذبة أشخاص مقيمين في الدولة الأخرى في إبرام عقود معينة ، وليس الأمر في ذلك كله قاصرًا على المعاملات التجارية بل أن أفراد الناس في معاملاتهم المدنية البحتة لم يمددوا قايدين في أوطانهم لا يتعدون حدودها فاصطنع الكثير من المعاملات المدنية أيضًا في عصرنا هذا بالصيغة الدولية ومن هذه المعاملات أيضًا ما يتم فيما بين إقليم دولة وإقليم دولة أخرى بطريق النيابة .

وهذه العلاقات التي تنشأ بطريق النيابة وتتجاوز إقليم دولة واحدة تثور بصددتها مسألة تنازع قوانين إذ يتعين إخضاع العلاقة لقانون إحدى الدول التي تتوزع بينها عناصر العلاقة والاختيار هذا القانون الذي تسرى أحكامه على العلاقة ذات العنصر الأجنبي الناشئة بطريق النيابة هو ما خصصنا له هذا الباب .

١٨٦ - وتجاوز العلاقة القانونية التي تتم بطريق النيابة لإقليم دولة واحدة يحدث كلما اختلف موطن الإصلي عن موطن الغير الذي يتعامل معه النائب ويتخذ ذلك في العمل إحدى صور ثلاث :

١ - أن يباشر النائب نشاطه لحساب الإصلي في الدولة التي بها موطن الغير الذي يتعاقد معه النائب وهي غير الدولة التي بها الموطن البدئي للإصلي وفي هذه الصورة تكون أمام تعاقد بين حاضرين .

٢ - أن يباشر النائب نشاطه في الدولة التي بها الموطن العادي

للأصيل متعاقدا مع شخص من الغير متوطن في دولة أخرى وهذه الصورة تسمح لاحتمالين :

(أ) أن يكون التعاقد بين غائبين اذا تم بالمراسلة •

(ب) أو أن يكون بين حاضرين اذا تم أثناء مرور الغير بالدولة التي بها موطن الأصيل •

٣ - أن يباشر النائب نشاطه في دولة ثالثة - ليست دولة موطن الأصيل ولا دولة موطن النائب - وهذه الصورة أيضا كسابقتها محتمل وضعين من حيث حصول التعاقد بين غائبين أو حاضرين •

هذا كله اذا كانت النيابة قاصرة على أحد طرفي العلاقة التعاقدية أما اذا تم التعاقد بطريق النيابة عن الطرفين كليهما فهناك صورة رابعة هي أن يباشر النائبان نشاطهما في دولة واحدة ليست هي دولة موطن أى من الطرفين ويكون التعاقد في هذه الصورة بين حاضرين •

ويبين من العرض المتقدم أن صور اصطباغ التصرف الذي يتولاه النائب بالصيغة الدولية لا تقتصر على حالة التعاقد في دولة غير الدولة التي يقع بها موطن الأصيل أو على حالة التعاقد في موطن الغير متى اختلف هو والأصيل موطننا وهما الحالان اللتان يبدو أنهما انفرادتا بإهتمام الباحثين في تنازع القوانين في النيابة (١) فالتائب قد يباشر

(١) قانون المادة ٢٥ من المشروع التمهيدي الأول لمعهد توحيد القانون الخاص وهي لا تذكر إلا التصرفات التي يجريها النائب في دولة غير تلك التي يوجد بها المعلن المادى للأصيل • وانظر ويجير ص ٢٠٢ - ٢٠٣ حيث لا يستدعي إلا بصورة تعاقد التائب في بلد غير التي بها موطن الأصيل • ويجدير بالملاحظة أن المشروع التمهيدي للمعل لمعهد توحيد القانون الخاص (١٩٧١) يجعل • في مادته الأولى • المبرة باختلاف اللتين من أطراف العلاقة الثلاثة موطننا وهو وضع يتسمح لأكثر من التصرفات التي يجريها النائب في دولة غير تلك التي يوجد بها موطن الأصيل ألا يشمل - مثلا - الصورة المشار إليها تحت رقم ٢ في البند ١٨٦ من لكتن •

نشاطه في الدولة التي بها موطن الأصل ويصطنع تصرفه مع ذلك بالصيغة الدولية كما رأينا وقد يباشر النائب نشاطه في دولة ثالثة ليست هي دولة موطن أى من طرفى العقد وقواعد التنازع يجب أن تسمح لهذه الصور كلها وأن تكون صياغتها مما يسمح بتطبيقها على كل حالة تتجاوز فيها آثار تصرف النائب اقليم دولة واحدة على تعدد تلك الحالات •

١٨٧ - وأهمية حل تنازع القوانين في التصرفات الحاصلة بطريق النيابة ترجع الى ما بين القواعد الموضوعية للقوانين الوطنية المختلفة من تباين في بعض أحكام النيابة فقد رأينا في دراستنا المقارنة للنيابة أنه برغم ما يتسم به هذا النظام في مختلف النظم القانونية الوطنية من وحدة واتساق ومن تقارب كبير في كليات أحكامه الا أن بعض الأحكام التفصيلية الهامة تختلف من قانون وطنى الى قانون وطنى آخر ومتى تنازع أكثر من قانون وطنى حكم التصرف الحاصل بطريق النيابة كن من الأهمية بمكان أن نحدد بواسطة قواعد الاسناد القانون الوطنى الذى يحكمها دون سواه •

ولنضرب على ذلك مثلا بمسألة مدى الانابة الصادرة في الفاظ عامة فهذه الانابة لا تبيح في القانون المصرى للنائب أن يتصرف فيما يعجزز أعمال الإدارة بينما هذه الانابة نفسها في القانون العراقى تبيح للنائب أن يقوم بكل التصرفات (١) فاذا فرضنا أن وكيلنا يقيم موكله في القاهرة توجه الى بغداد حاملا توكيلا صيغ في الفاظ عامة وأبرم هذا الوكيل مع شخص مقيم في بغداد عقدا يخرج عن أعمال الإدارة ويدخل في نطاق أعمال التصرف فما حكم هذا العقد في

(١) انظر أيضا بند ٩٨ • والمثال الذى في المتن ينطبق كذلك على القانون الانالى الذى تكفى فيه الانابة العامة للتقيام بكافة التصرفات • انظر بند ١٠٠ •

حق الأصل وهل نطبق في هذا الشأن القانون المصري فنعتبر أن الوكيل تجاوز حدود وكالته أم نطبق القانون العراقي فنقول بأن الوكيل قد تصرف في حدود تلك الوكالة ؟

مثال ثان : رجل أعمال انجليزي جاء الى مصر للتعاقد على استيراد بضاعة معينة ولم يفصح لمن تعامل معه عن أنه نائب ثم ظهر بعد إبرام العقد أنه لم يكن يتعاقد لحساب نفسه وكشف عن شخصية الأصل الذي طالب التاجر المصري بتنفيذ العقد • فهل نقول طبقا للقانون المصري (م ١٠٥ و ١٠٦ مدني) أن لا نيابة في هذا الوضع وأن آثار تصرف النائب لا تضاف للأصل وأن مثل هذا العقد لا ينشئ علاقة مباشرة بين الأصل وبين الغير لا تنفأ التعامل باسم الأصل ؟ أم نقول طبقا للقانون الانجليزي الذي صدرت الاثابة وفقا له والذي يعرف نظام الأصل المستتر بأن النيابة تامة وأن آثار العقد تلحق للأصل وتصرف النائب يربط بينه وبين الغير برابطة مباشرة ؟

ومثال آخر : نائب متوطن في فرنسا ويأشر نشاطه فيها لحساب شركة مصرية مركزها في القاهرة وذلك بموجب اثابة صادرة اليه من مركز الشركة خالية من الترخيص في التعاقد مع النفس ثم تكلفه الشركة شراء بضاعة معينة بشمن معين فيبيعها اياها مما يملكه هو أو يملكه أصل آخر ينوب عنه ، فهل نقول ان هذا البيع الذي عقده النائب مع نفسه نافذ وأن النيابة قد تحققت أثرها وأن تعاقد النائب مع نفسه لنفسه أو لشخص ثالث ينوب عنه قد أنشأ حقوقا والتزامات للشركة المصرية وعليها لكون القانون الفرنسي لا يحظر التعاقد مع النفس كمبدأ بل يقتصر الحظر فيه على حالات خاصة متصوص عليها وفيما عداها لا يشترط القانون الفرنسي الترخيص المسبق بالتعاقد مع النفس ويكتفى بأن لا يكون الأصل قد منع نائبه صراحة من مثل

هذا التعاقد ؟ أم نعتد بالقانون المصرى الذى صدرت الانابة فى ظله والذى يعتبر تعاقد النائب مع نفسه خارجا عن حدود الانابة ما لم يرد الترخيص به صريحا من الأصل (م ١٠٨ مدنى) ؟

هذه وغيرها من نقط الخلاف بين القوانين الوطنية فى بعض أحكام النيابة تبرز الأهمية العملية الكبيرة لحل تنازع القوانين فى علاقات النيابة التى تتجاوز اقليم دولة واحدة ويتنازعها لذلك أكثر من قانون وطنى واحد هذه القوانين قد تتباين قواعدها الموضوعية التى تنظم العلاقة ويختلف لذلك حكم العلاقة بحسب القانون الذى يتعين سريانه عليها •

١٨٨ - وتقودنا الأمثلة التى ضربناها الى تحديد نطاق بحثنا فى تنازع القوانين فى النيابة فنحن فى هذا البحث لا نتعرض الا الى الخصيصة التى تميز نظام النيابة ألا وهى رجوع آثار تصرف النائب الى الأصل مباشرة فالتنازع الذى نبحث عن حل له هو تنازع القوانين حول اضافة آثار تصرف النائب الى الأصل وحول مدى نيابة النائب عن الأصل وفيما عدا هاتين النقطتين المحددتين نجد أن لكل الأوضاع المرتبطة بتصرف النائب قاعدة اسناد تحكمها وليس من قصدنا التعرض لها فهذه الأوضاع يدخل كل منها ضمن طائفة من طوائف العلاقات أو الأوضاع القانونية خصتها قواعد التنازع بحكم معين وأفردت لها قاعدة اسناد خاصة بها استقر أمرها ولم تعد تثير صعوبات ذات بال وهذه الأوضاع التى نستبعد عنها من نطاق البحث وان ارتبطت بالتصرف الذى يجريه النائب هى :

١ - مضمون العقد الذى يبرمه النائب مع الغير : فهذا المضمون تحكمه قاعدة الاسناد الخاصة بالعقود والتصرفات القانونية فهى التى تعين لنا القانون الذى يحكم صحة العقد أو بطلانه ويحدد الالتزامات.

التي يرتبها على طرفيه الى غير ذلك مما يتعلق بمضمون العقد ، وهذا المضمون وان يكن من خلق ارادة النائب — بتلاقيها مع ارادة الغير — الا أن لارادة النائب في علاقات النيابة وجها آخر هو اضافة مضمون المقعد الى الأصل وهذا الوجه الآخر هو وحده الذي يعنينا في هذا البحث وهو الذي نريد أن نتعرف على قاعدة تنازع القوانين التي تحدد لنا القانون المنطبق عليه والذي تقرر أحكامه ما اذا كان تصرف النائب قد أنشأ — أو هو لم ينشئ — علاقة مباشرة بين الأصل وبين الغير الذي تعقد معه النائب .

٢ — شكل المقعد الذي يبرمه النائب وشكل الانابة : وهذا تحكم تنازع القوانين في شأنه قاعدة الاسناد الخاصة بشكل التصرفات ائقانونية وهي في معظم القوانين الوطنية تسند الشكل الى قانون البلد الذي تم فيه التصرف (م ٢٠ مدني مصري) (١) .

٣ — أهلية المتعاقدين : وهذه تحكمها قاعدة الاسناد الخاصة بالأهلية وهي في معظم القوانين الوطنية تسندها الى قانون جنسة الشخص (م ١١ مدني مصري) أو قانون موطنه .

٤ — علاقة النائب بالأصل : وهذه يحكم تنازع القوانين في شأنها قاعدة الاسناد المنطبقة على ما بينهما من رابطة كمقعد وكالة أو عمل أو كولاية أو وصاية أو غير ذلك من الأوضاع التي تصطبج بانابة والتي تستقل عنها الانابة من أكثر من وجه كما أوضحنا آنفاً (٢) .

بعد استبعاد ما تقدم جميعه يبقى لدينا أمران :

(١) نقض مدني ٧ فبراير ١٩٦٣ — مجموعة المكتب الفني ١٤/٣١/٢٢٦ وفيه اُخضعت للحكمة شكل الوكالة لقانون البلد الذي صدرت فيه . وبالمضي نفسه نقض مدني ١٧ مايو ١٩٧٣ — مجموعة المكتب الفني ٢٤/١٣٧/٧٧٢ (٥) . وكذلك نقض مدني ١٢ فبراير ١٩٧٥ مجموعة المكتب الفني ٢٦/٣٧٧/٣٦٤ .

(٢) انظر بند ٨٣ .

١ - ما تتميز به النيابة من اضافة آثار تصرف النائب الى الأصل .

٢ - ما يتصل بذلك من تحديد مدى الاثابة ونطاق سلطات النائب .
وهذا وحده هو الذى سنقتصر عليه بحثنا عن قاعدة اسناد تشير لنا الى القانون الذى تسرى أحكامه على علاقات النيابة ذات العنصر الأجنبى .

١٨٨ مكرر - والمقصود بشكل الاثابة الذى قلنا فى البند
السابق انه يخضع للقانون الذى تحدده قاعدة الاسناد الخاصة بشكل التصرفات القانونية هو على التحقيق شكل الاثابة من حيث هو أى تقرير ما اذا كانت الاثابة الشفوية أو الورقة المثبتة للاثابة صحيحة شكلا أم هي باطلة شكلا ، وليس المقصود شكل الاثابة من حيث ارتباطه بشكل التصرف المناب فيه (انظر ما تقدم البند ٨٤) . ذلك أن اشتراط الشكل الرسمى فى اثابة موضوعها قيام النائب بتصرف يتطلب فيه القانون الرسمية هو فى التكيف الصحيح قيد على صفة النائب فى التصرف باسم الأصل اذ معناه أن النائب الذى يحمل صك اثابة عرفيا تضيق صفته عن شمول التصرفات التى تكون الرسمية ركزا فيها ولا يعنى ذلك أن الاثابة العرفية التى يحملها باطلة شكلا ، فالمسألة اذن هي مسألة تحديد مدى النيابة ونطاق صفة النائب وليست مسألة شكل الاثابة من حيث هو . لذلك فان شكل الاثابة من حيث ارتباطه بشكل التصرف المناب فيه هو عنصر من عناصر علاقة النيابة التى نحن بصدد البحث عن قاعدة اسناد خاصة بها وليست مجرد مسألة شكل يخضع لقانون البلد الذى صدرت فيه الاثابة .
مثال ذلك : موكل متوطن فى تونس أصدر توكيلا عرفيا حضر به الوكيل الى مصر مع شخص متوطن فيها تصرفا يتطلب فيه القانون المصرى الشكل الرسمى فاذا نظرنا الى المسألة بوصفها مجرد مسألة شكل تعين أن نقول ان الاثابة العرفية استوفت شكلها المطلوب

حسب قانون البلد الذي صدرت فيه اذ أن الفصل ١١١٣ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية ينص على أنه : « يجوز التوكيل بصيغة غير الصيغة الواجبة قانونا في العقد المقصود من التوكيل » ، وعلى ذلك يصح لهذا الوكيل أن يرم في مصر تصرفا يتطلب فيه القانون الشكل الرسمي بالرغم من عدم استيفاء وكالته لهذا الشكل ، غير أن امعان النظر يؤدي الى القول بأن هذه المسألة تخضع للقانون انذى يحكم علاقة النيابة لكونها متعلقة بمدى نيابة الوكيل لا بشكل حك الوكالة وعلى ذلك يصح ابرام ذلك الوكيل لتصرف في مصر مطلوب له الشكل الرسمي في الحالة التي يكون فيها القانون التونسي هو قانون الإرادة الذي يحكم علاقة النيابة لكون الموكل اختاره صراحة بى حك التوكيل ذاته أو حدده لوكيله وعلم بذلك الطرف الثالث ، أما اذا تخلف قانون الارادة على هذا النحو فان قاعدة الاسناد التي سنصوغها فيما يلى (البند ٢٠٦) مؤداها اخضاع هذه المسألة للقانون المصرى بوصفه قانون المكان الذي تصرف فيه النائب والذي هو فى الوقت نفسه موطن الغير المتعاقد معه وعلى ذلك يصبح ابرام تصرف مطلوب له الشكل الرسمي خارجا عن نطاق نيابة مثل هذا الوكيل وذلك لأن المادة ٧٠٠ من القانون المدنى المصرى تنص على أنه « يجب أن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانونى الذى يكون محل الوكالة » واذن فلا تكون للوكيل فى مثالنا صفة فى ابرام تصرف قانونى فى مصر ينص قانونها على وجوب توافر الشكل الرسمي فيه .

فمسألة شكل الانابة من حيث ارتباطه بشكل التصرف المناب فيه هى اذن من قبيل تحديد نطاق سلطات النائب وما يدخل فيها من التصرفات وليست مسألة شكل بحث ولذلك تنطبق عليها لا قاعدة الاسناد الخاصة بشكل التصرفات القانونية ولكن قاعدة الاسناد

الأخرى التي تشير إلى القانون واجب التطبيق على علاقة النيابة والتي نحن الآن بصدد تحديدها .

١٨٩ - ولكن ألا تغني عنا في ذلك قاعدة الاسناد الخاصة بالمقود والتصرفات القانونية ؟ وهل من مبرر للبحث وراء تلك القاعدة عن قاعدة اسناد أخرى خاصة بعلاقات النيابة ؟

الواقع أن بين التصرفات التي تتم بطريق الأصالة وبين تلك التي تتم بطريق النيابة فروقا تنبغي مراعاتها فيما يتقرر من حل لتنازع القوانين بشأنها ولعل قاعدة التنازع الخاصة بالمقود والتصرفات قد نظرت أساسا إلى العلاقات المقدية المبرمة بطريق الأصالة فلم تفسح مجالاً لما تتميز به علاقات النيابة من خصائص لا نجدها في العلاقات العقدية العادية .

واختلاف علاقات النيابة عن العلاقات العقدية العادية قائم من أكثر من وجه :

١ - فالعلاقة العقدية العادية علاقة ثنائية المتعاقد فيها هو نفسه الطرف في العقد أما العلاقة العقدية المبرمة بطريق النيابة فهي علاقة ثلاثية تنشؤها إرادة النائب بتلقيها مع إرادة الغير المتعاقد معه ولكن آثارها تلحق الأصيل للمتعاقد - وهو النائب - ليس هو الطرف في العقد وإنما هو أحد أركان هذه العلاقة الثلاثية وإرادته هي الموصلة بين ركنيها الآخرين وهما الأصيل والغير .

٢ - والعلاقة العقدية التي تتم بطريق الأصالة لا مدخل فيها لإرادة شخص آخر غير إرادة المتعاقدين الطرفين في العلاقة أما علاقات النيابة فتواجه فيها إرادة ثالثة هي إرادة الأصيل ، وهذه إن لم تكن هي المنشئة للعقد إلا أنها - في النيابة الاختيارية

(الاتفاقية) - هي مصدر صفة النائب في احداث آثار قانونية تلحق
الأصيل وبهذا الوصف يمتنع الاعتداد بها للقول بوجود تلك الصفة
للنائب أولا ثم لتحديد نطاقها أى مدى نيابة النائب ثانيا (١) .

٣ - ثم أن العلاقة العقدية التى تتم بطريق النيابة ينظر فيها من
حيث قيامها الى شخص النائب ويعتد فى نشأتها بإرادته بينما ينظر فى
آثارها الى شخص الأصيل ويعتد فى ذلك بأهليته وهذا الانقسام بين
'السبب (أى التصرف القانونى) وبين المسبب (أى آثار ذلك
التصرف) غير موجود فى العلاقات العقدية العادية التى تتم بطريق
الإصالة .

١٩٠ - فإذا نظرنا على ضوء هذه الاختلافات الى قاعدة التنازع
لخاصة بالمقود وجدناها فى معظم القوانين الوطنية تشير الى حلول
ثلاثة أولها إخضاع العقد للقانون الذى تحدده ارادة الطرفين (قانون
الارادة) وثانى هذه الحلول إخضاع العقد لقانون الموطن المشترك
للطرفين وثالثها إخضاعه لقانون الدولة التى تم فيها العقد . وهذه
الحلول هى التى نصت عليها المادة ١٩ من القانون المدنى المصرى بقولها:
« يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التى يوجد فيها
الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا ، فان اختلفا موطنا سرى
قانون الدولة التى تم فيها العقد . هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين
من الظروف أن قانونا آخر هو الذى يراد تطبيقه » (٢) .

(١) آثار اتفا بند ٦٥ ، ٦٦ .

(٢) وثقلها فى القانون المدنى السورى المادة ٢٠ وفى القانون المدنى الجزائرى المادة ١٨ وهذه لا تشير
فى القانون المدنى العراقى المادة ٢٥ وفى القانون المدنى الجزائرى المادة ١٨ وهذه لا تشير
الى تطبيق قانون الموطن المشترك بل تنص على تطبيق قانون الدولة التى تم فيها التصرف
اذا لم تكن الارادة قد اتجهت الى تطبيق قانون آخر . يلاحظ على النص العربى لهذه المادة
١٩ من القانون المصرى أنه يستعمل لفظ « للمتعاقدين » بينما ورد فى النص الفرنسى
لهذه المادة لفظ « الطرفين المتعاقدين parties contractantes » وقد تقدم لنا القول بأنه
فى علاقات النيابة لا يكون المتعاقد هو الطرف .

فضوابط اسناد العقد الى القانون الذى يسرى عليه هي اما الارادة واما الموطن واما مكان الانعقاد وضوابط الاسناد المذكورة أيسر تحديدا في العلاقات العقدية العادية اذا الارادة هي ارادة الطرفين المتعاقدين والموطن المشترك هو موطنهما ومكان انعقاد العقد هو المكان الذى تلاقى ارادتهما فيه ، غير أن ضوابط الاسناد هذه نفسها تصبح أقل انضباطا وأعسر تحديدا في علاقات النيابة المثلثة الأركان فالى جوار ارادتي المتعاقدين (النائب والغير) لدينا ارادة الأصل فأي هذه الارادات الثلاث هو الذى يحدد القانون الذى يسرى على العقد ؟ هل ينفرد بذلك النائب والغير وهما المتعاقدان أم أن لارادة الأصل دورا في تحديد القانون واجب التطبيق وما هو هذا الدور ؟ ثم ماذا لو حدد الأصل قانونا معنا على أنه المنطبق على العلاقة العقدية ثم أشار النائب والغير فى العقد الذى يبرماته الى قانون آخر ؟ كل هذه أسئلة يثيرها تطبيق قاعدة الاسناد الخاصة بالعقود على علاقات النيابة دون أن نجد لها فى تلك القاعدة جوابا .

وما يقال عن الارادة كضابط اسناد يصدق أيضا على الموطن ، ذلك أن من شأن النيابة امكان انعقاد عقد بواسطة نائب متوطن فى البلد الذى به موطن الغير (انظر آتقا بند ١٨٦) فهل نقول فى هذه الحالة بأن المتعاقدين (أى النائب والغير المتعاقد معه) وقد اتحدا موطنا فإن القانون الذى يسرى على العقد هو قانون ذلك الموطن أم ان علينا كذلك أن نعتد بموطن الأصل ؟ كما أن من شأن النيابة امكان انعقاد عقد بواسطة نائبين متوطنين فى بلد واحد ليس هو بلد أى من طرفي العقد فهل نعتد باتحاد المتعاقدين موطنا فى هذه الصورة بصرف النظر عن أن ذلك الموطن لا شأن له بأى من الطرفين الأصلين المختلفين موطنا بل أن اتحاد النائبين موطنا قد يكون من فعل الصدقة المحضة التى لم تخطر على ذهن أى من الأصلين ؟

أما مكان الانعقاد كضابط اسناد فانه يثير من الصعوبات أقل مما تثيره الارادة أو يثيره المولدين على أنه مع ذلك لا يخلو في حالة النيابة من الحاجة الى مزيد من التوضيح ، ذلك أن المقدم من حيث هو تلاقى ارادتين على مضمون معين ظاهرة غير مادية ليس لها حيز حقيقي في المكان (١) فالعقود من هذه الوجهة تختلف عن كثير من طوائف العلاقات القانونية التي تتناولها قواعد التنازع إذ أن من تلك الطوائف ما له حيز مكاني موضوعي لا يثير صعوبة في الاستدلال عليه كالأموال مثلاً فحيزها في المكان هو موقع وجودها وكشكل العقود وسائر التصرفات القانونية إذ يتحدد الحيز المكاني للشكل بالجهة التي تحرر فيها الورقة أو التي يباشر فيها عمله الموظف العام المختص بالتوثيق الى غير ذلك . أما العقود من حيث مضمونها فتحدد مكان انعقادها أمر ليس بمثل هذه السهولة وبخاصة في العقود التي تتم بين غائبين مع اختلاف القوانين الوطنية من حيث أخذ بعضها بمذهب تصدير القبول وبعضها الآخر بمذهب العلم بالقبول فإذا فرضنا أن النائب وجه إيجاباً بالمراسلة الى شخص مقيم في دولة غير التي بها موطن النائب وكان القانون الذي يسرى على مضمون العقد يأخذ بمذهب تصدير القبول فمكان الانعقاد في هذا المثال هو موطن الغير فهل يسرى على علاقة النيابة (بالتحديد الوارد في البند ١٨٨ منها) قانون موطن الغير أم أن الأولى إخضاع تلك العلاقة لقانون موطن النائب باعتباره المكان الذي يباشر فيه النائب نشاطه عادة لحساب الأصيل والذي

(١) « إن انعقاد العقود يتجلى ، وبخاصة في ظل الرضائية الحديثة ، كحدث نفس هو تلاقى الارادتين لا يحتل بذاته حيزاً محدداً في المكان ومصادق ذلك صعوبة تحديد مكان انعقاد العقود التي تتم بالمراسلة وهي حالة شائعة في العلاقات الدولية ومصادق ذلك أيضاً وبصفة أضيق أن مكان الانعقاد كثيراً ما تتليه ظروف عرضية بحيث لا تعلق لها بالصالح الدائمة للأطراف مع أن يفتقر النايبون عنهم في جهة ليست مقر أعمال أي من أطراف العقد » هنري باتيفول : المظاهر الفلسفية للقانون الدولي الخاص . باريس ١٩٥٦ ص ٢٤٧ .

يمثل بالنسبة الى الغير كافة حيزا مكانيا موضوعيا ظاهرا من المسئل
عليهم أن يدركوه وأن يحسبوا حساب القانون المنطبق فيه فضلا عن
أن المكان الذي يياشر فيه النائب نشاطه معروف للاصيل بينما مكان
انعقاد العقد في مثل المثال المتقدم قد لا يكون معروفا له ولا دخل
فى تقديره ٠ ٢

١٩١ - يبين لنا مما تقدم أن علاقة النيابة تتميز عن العلاقة
المقدية العادية بخصائص لا تفلو من تأثير على تطبيق قاعدة التنازع
العامة فى شأن العقود والتصرفات القانونية وبعبارة أخرى أن خصائص
علاقة النيابة تتطلب إيجاد قاعدة اسناد متميزة تكون أكثر تخصيصا من
قاعدة الاسناد المعمول بها فى شأن العقود بصفة عامة وأكثر اتساقا
مع الطابع لميز لعلاقة النيابة بحيث تعطينا حلولاً لتنازع القوانين التى
تناسب ما نجده فى العلاقات المقدية التى تتم بطريق النيابة من خصائص
لا نجدها فى العلاقات المقدية العادية (١) ٠

وهذا الاتجاه نحو مزيد من التخصيص فى طوائف العلاقات
القانونية التى تتولى قواعد الاسناد تعيين القوانين المنطبقة عليها
أصبح ملحوظا فى السنوات الأخيرة فى فقه القانون الدولى الخاص
وفى محاولات تقنينه فبعد الطوائف الواسعة من العلاقات القانونية مثل
الحالة والأهلية أو الأحوال الشخصية أو العقود والتصرفات القانونية
- وهى أمثلة لطوائف العلاقات القانونية التى كانت تتناولها قواعد
الاسناد التقليدية - أصبحت الجهود مركزة الآن على طوائف أضيق

(١) لا يزال الرأى فى الفقه منقسما حول تخصيص علاقة النيابة بقاعدة اسناد
مستقلة إذ نجد فى أحدث كتابين تناولوا الموضوع (انظر حاشية البند ١٩٢) أن الفقيه
البلجيكي ديجو يلحظ الى هذا الرأى بينما يكفى الفقيه الايطالى ستار اتنى باسناد
علاقة النيابة الى القانون الذى يحكم العقد الذى يبرمه النائب ٠

بطاقاً وأكثر تحديداً تقابل كل طائفة منها قاعدة اسناد خاصة بها ويكفى كمثال على هذه الجهود الاتفاقات ومشروعات الاتفاقات التي أعدها مؤتمر لاهى فى دوراته الأخيرة فالقواعد التى اتفقت عليها الدول فى الدورات المذكورة تنصب مثلاً على بيع المنقولات المادية أو على نفقة الفروع أو على شكل الوصايا وكلها طوائف أضيق بكثير من الطوائف التى كانت تحاول الدول أعضاء مؤتمر لاهى أن تجد لها فى الماضى حلولاً لتنازع القوانين (١) .

والنيابة تعتبر نموذجاً لطائفة محددة تحديداً دقيقاً تصلح موضوعاً لقاعدة اسناد خاصة بها يمكن أن تبناها النظم الوطنية المختلفة دون أن تثار بشأنها صعوبات التكيف التى تثار عادة بمناسبة تطبيق قواعد الاسناد الخاصة بطوائف العلاقات القانونية الواسعة (٢) فقد ظهر من الدراسة المقارنة التى قمنا بها فى هذا الكتاب أن للنيابة فى مختلف النظم القانونية الوطنية وحدة فنية تجمع بينها فى الكليات حيث يمكن فى أى نظام من النظم القانونية الوطنية تكيف أى وضع نجد فيه أن آثار تصرف يبرمه شخص معين تلحق مباشرة وعلى وجه الاقتصاد شخصاً آخر غير الذى أبرم التصرف بأنه علاقة نيابة تحكم تنازع القوانين فى شأنها قاعدة الاسناد الخاصة بالنيابة .

وبالعمل فإن مؤتمر لاهى للقانون الدولى الخاص قرر فى دورته الثانية عشرة المنعقدة سنة ١٩٧٢ إدراج النيابة فى جدول أعمال دورته الثالثة عشرة ، ونتيجة للأعمال التحضيرية التى قام بها المكتب

(١) ريجو ، ص ٣٦٨ .

(٢) أنظر فى التكيف بحثنا المنشور فى مجلة المحاماة ، السنة الأربعين

(١٩٥٩ - ١٩٦٠) ص ١٧٨ وما بعدها .

الدائم للمؤتمر واللجنة الخاصة بموضوع تنازع القوانين فى النيابة
تمكن المؤتمر فى دورته الثالثة عشرة (١٩٧٧) من اقرار اتفاقية ، هى
السابعة والعشرون من اتفاقيات لاهى ، بشأن القانون واجب التطبيق
على النيابة وسنستعرض أحكام هذه الاتفاقية فى نهاية الفصل الثالث
من هذا الباب (البند ٢٠٨ وما بعده) .

الفصل الأول

الحلول المقترحة لتنازع القوانين فى علاقات النيابة

١٩٢ - كما أن فقه القانون المدنى لم يعرف النيابة كنظام قائم بذاته متميز عن تطبيقاته المختلفة الا منذ عهد قريب نسبيا فكذلك فقه القانون الدولى الخاص لم يتعرض للنياية من حيث هى نظام ذو كيان يتجاوز حاصل جمع تطبيقاته التى تعرفها التقنيات المدنية وقد ينطبق بقواعده العامة على أوضاع أخرى غير تلك التطبيقات التقليدية المحددة ، وانما انصرفت جهود فقهاء القانون الدولى الخاص الى ايجاد حلول تنازع القوانين فى خصوص هذا التطبيق أو ذاك من تطبيقات النيابة فتمرضوا مثلا لتحديد قاعدة اسناد خاصة بالصاية وبغيرها من نظم حماية ناقصى الأهلية وبحثوا عن قاعدة اسناد أخرى خاصة بعقد الوكالة (١) غير أنهم لم يلتفتوا الا منذ زمن قريب الى ضرورة حل تنازع القوانين بشأن النيابة بصفة عامة وايجاد قاعدة اسناد توضع

(١) انظر على سبيل المثال : دى لايراديل وليراييه ، موسوعة القانون الدولى ، باريس ١٩٣٦ ، ج ١٠ بند ١٠ وما بعده تحت عنوان الوصاية و ج ٩ بند وما بعده تحت عنوان الوكالة ، وباتيلول ، تنازع القوانين فى العقود ، باريس ١٩٣٨ بند ٣٠٥ وما بعده ، وللمؤلف نفسه *Traité Gén. de D.I.P.* باريس ١٩٥٩ بند ٦٠٩ ، وجيراليس ، مبادئ القانون الدولى الخاص باريس ١٩٦١ بند ٨٥ ، ١١٠ .

لنا حلولاً لكل حالات النياية كنظام عام قائم بنفسه ، لذلك نجد حلول
التنازع المتعلقة بالنيابة في كتب القانون الدولي الخاص الأمهات تحت
عنوان الوكالة أو الوصاية الى غير ذلك وتنصب الحلول التي يقترحها
المؤلفون على العلاقة الداخلية بين النائب والأصيل أكثر من تعلقها
بالوجه الخارجي للنيابة : وجه علاقة الغير بالأصيل نتيجة لما يبرمه
النائب من تصرف قانوني فهذا الوجه عندهم كما سنرى يعتبر تارة فرعاً
عن أصل هو العلاقة الداخلية فيسرى عليه قانونها أو هو يستلحق تارة
أخرى تلك العلاقة الداخلية باعتباره الغرض الرئيسي منها فينطبق على
علاقة النائب بالأصيل القانون الذي يحكم العقد الذي يبرمه النائب
مع الغير .

ولأغابة في أن يكون عهد القانون الدولي الخاص بالنيابة
حديثاً الى هذا الحد فقواعد تنازع القوانين انما تعتمد الى طوائف
الملاقات التي تعرفها القوانين الوطنية فتسند كل طائفة منها الى قانون
وطني معين متى تعددت القوانين التي يمكن أن تنطبق عليها ، والنيابة
كطائفة متميزة من طوائف العلاقات القانونية جديدة نسبياً في
القوانين الداخلية كما رأينا فلا غربة في أن لا يلتفت اليها فقهاء
القانون الدولي الخاص الا بعد أن يستقر أمرها في مختلف القوانين
الوطنية بفترة من الزمان (١) .

(١) لم أول دراسة تعرضت لتنازع القوانين في النيابة بوجه عام هي الرسالة التي
لها يوجين بومستر بالإنجليزية للجامعة زيوريخ سنة ١٩٢٧ .
Pfister, Vollmacht und Stellvertretung im internationalen Privatrecht, Zürich,
1927.
وقلتها بعض المقالات والأبحاث المتفرقة الى أن ظهرت دراستان جاستان احداهما
في سنة ١٩٦٢ من قلم الفقيه الإيطالي فينتشنزو ستاراسي
Starace, La rappresentanza nel diritto internazionale privato, Napoli, 1962.
والدراسة الثانية ظهرت في سنة ١٩٦٣ وقام بها الفقيه البلجيكي فرانسوا ريساو
Rigaux, Le statut de la représentation, Etude de D.I.P. comparé, Leiden, 1963.
انظر صيغة مختصرة لمحتويات هذا الكتاب في الفصل الذي كتبه المؤلف نفسه في =

على أن استقراء الحلول المختلفة التي قال بها فقهاء القانون الدولي الخاص في مختلف تطبيقات النيابة يمكن أن يعطينا فكرة عن تنوع تلك الحلول وتباينها وهو ما سنعرض له في مبحثين نخصص الأول للنسابة الضرورية (القانونية) والثاني للنسابة الاختيارية (الاتفاقية) وذلك قبل أن نعود الى محاولة لصياغة قاعدة اسناد عطينا حلولاً لتنازع القوانين في علاقات النيابة بوجه عام .

المبحث الأول

حلول تنازع القوانين في النيابة الضرورية (القانونية)

١٩٣ - لم يبلغ اختلاف أحكام القوانين الوطنية وتباين آراء الفقهاء في حل تنازع القوانين في شأن النيابة الضرورية (القانونية) ما بلغه في شأن النيابة الاختيارية ولعل مرجع ذلك اعتباران :

الأول - أن الأصل في النيابة الضرورية ليس له في علاقة النيابة الدور الذي له في النيابة الاختيارية فهو من حيث المبدأ معدوم الإرادة أو ناقصها ومن ثم ينفرد بأمر العلاقة القانونية في واقع الأمر النائب والغير الذي يتعاقد معه فضلاً عن أن أحكام نظم حماية فاقدي الأهلية أو ناقصيها هي في كل القوانين الوطنية أحكام أمرة لا سبيل للأفراد الى مخالفتها .

والاعتبار الثاني - أن حالات النيابة الضرورية تتصل قبل كل

٢٩ - الموسوعة الدولية للقانون للتنازع المجلد الثالث (القانون الدولي الخاص) (الفصل ٢٩) وله صدر هذا الفصل على عدة سنة ١٩٧٣ شأن سائر فصول هذه الموسوعة التي تصدر تباعاً .

وانظر الفصول التي تقدمها لتنازع القوانين في النيابة رايبيل في الجزء الثالث من كتابه طبع ١٩٦٤ والفصل التصير الذي خصصه لهذا الموضوع شينغون في الدروس التي القاها باكاديمية القانون الدولي بلاماي سنة ١٩٧٠ (انظر الاحالة الكاملة الى هذين المرجعين تحت اسم كل مؤلف في قائمة المراجع بديل هذا الكتاب) .

شيء بحماية فاقدي الأهلية أو ناقصيها ولهذا يطلب في تحرى الحل
تنازع القوانين بشأنها هذا الاعتبار •

هذا وإن النيابة عن فاقدي الأهلية وناقصيها فرع عن الأهلية في
ذاتها والأهلية في معظم القوانين الوطنية مسندة الى القانون الشخصي
لفاقد الأهلية أو ناقصها (وهذا القانون هو اما قانون الجنسية أو
قانون الموطن بحسب نظرة كل مشرع وطني الى ضابط الاسناد
المرجح في تقديره) لذلك نجد أن النيابة عن فاقدي الأهلية وناقصيها
يحكمها قانون جنسية الأصل أو قانون موطنه (١) •

غير أن هذا الأصل ترد عليه بعض الاستثناءات في قوانين بعض
الدول فولاية الأب أو الجد مثلا قد ينطبق عليها قانون جنسية الأب أو
الجد أي القانون الشخصي للنائب بدلا من القانون الشخصي للأصل
وهذا هو ما تنص عليه مثلا المادة ١٩ من الأحكام التمهيدية للقانون
المدني الألماني والمادة ١٠ من الأحكام التمهيدية للقانون المدني
الاطالي •

وكذلك تصرفات الزوج عن زوجته في القوانين التي ترتب على
الزواج قيда على أهلية الزوجة فهذه يتعين اسنادها الى القانون المنطبق
على الزواج بوصف تلك الأهلية المقيدة أثرا من آثاره (٢) وقد لا يكون
القانون المذكور هو القانون الشخصي للأصل أي للزوجة في الصورة
التي نحن بصددھا •

وقاعدة اخضاع تصرفات النائب عن ناقص الأهلية لقانون جنسية
الأصل نصت عليها اتفاقية لاهاي المبرمة في ١٢ يولية سنة ١٩٠٢ فهذه

(١) ديجو ، المرجع السابق ص ٩٥ والمراجع للمعار إليها فيه •

(٢) جرونيشي ، المرجع المذكور ، بند ١٦٢ حاشية ٢ •

الاتفاقية تخضع كل ما يتصل بالوصاية لقانون جنسية القاصر بما في ذلك تحديد سلطات الوصى ومدى ولايته وحدود تصرفه بالنيابة عن الأصيل وأحكام هذه الاتفاقية لا تزال سارية بين عدد من الدول الأوروبية وأن تكن فرنسا والمويد قد اتهما بالنسبة اليهما .

١٩٤ - على أن من تطبيقات النيابة القانونية ما لا تكون صفة التائب فيه مستمدة رأسا من القانون كما في ولاية الأب أو الجد مثلا بل يحتاج الأمر فيها الى حكم من القضاء وهذه التطبيقات ذات الصفة انقضائية منها ما يكون منظورا فيه الى حماية الأصيل (كالوصاية والقوامة) ومنها ما تكون له صفة العقوبة أو الجزاء (كنقص الأهلية المترتب على عقوبة جنائية أو على الافلاس) وفي الحالين ثور في العلاقات ذات العنصر الأجنبي مسألة أولية هي أثر الحكم القضائي خارج اقليم الدولة التي صدر فيها (١) .

فحيثما يتعلق الأمر بالحالة والأهلية أى كلما كان منظورا في الحكم القضائي الى حماية الأصيل كما في الوصاية والقوامة فإن القاعدة هي احترام أثر الحكم الأجنبي واعتباره نافذا بدون حاجة الى الحصول من قضاء الدولة على أمر بالتنفيذ فلولوى أو للقيم المعين بحكم صادر من قضاء دولة معينة أن يباشر مهمته في أية دولة أخرى وأن تصرف لحساب القاصر أو المحجور عليه بتلك الصفة التي أسبغها عليه الحكم ويسرى على تصرفاته القانون الشخصى للقاصر أو للمحجور عليه ولا يحتاج الوصى أو الولي الى أمر بالتنفيذ مالم يكن المطلوب القيام بعمل فعلى من أعمال التنفيذ الجبرى للحكم الذى أسبغ عليه صفته .

(١) انظر في هذا الموضوع بصفة عامة مؤلف الأستاذ الدكتور فؤاد عبد النعم رياض
Riad, La valeur internationale des jugements en droit comparé, Paris, 1955.

أما إذا تعلق الأمر بقيد يرد على الأهلية كعقوبة تبعية فالقاعدة أن الأحكام الجزائية لا تتجاوز آثارها اقليم الدولة التي أصدرت محاكمها الحكم ولذا فإن القيم الخاص الذى يعين لإدارة أموال المحكوم عليه بجناية ليس له أن يتعاقد باسم الأصيل ولحسابه فى إقليم دولة أخرى . وبالنسبة لكف يد المفلس عن أمواله نجد أن هناك مذهبين : الأول مذهب وحدة التفليسة وبمقتضاه يكون للسنديك الذى تعينه محكمة اشهار الإفلاس المختصة (أى محكمة موطن المفلس) صفة فى التعامل باسم المفلس فى غير الدولة التى صدر فيها حكم اشهار الافلاس وهذا الحل يكون فى العادة نتيجة لاتفاقية دولية وأن تكن محاكم بعض الدول - مثل بلجيكا - تسير عليه بصفة عامة ، أما بين الدول التى لا تربطها مثل هذه الاتفاقية فالمذهب الثانى هو السائد وهو مذهب اقليمية التفليسة وبمقتضاه لايد من حكم يصدر باشهار افلاس التاجر من محاكم كل دولة تكون له فى اقليمها أموال يراد ضمها الى مجموعة أموال المفلس واذن فلا يكون للسنديك طبقا لهذا المذهب أن يتعامل باسم المفلس ولحساب جماعة الدائنين فى خارج اقليم الدولة التى عينته محاكمها سنديكاً ، وإن يكن القضاء فى بعض الدول - مثل فرنسا وسويسرا - يسمح للسنديك المعين بحكم أجنبى برفع الدعاوى وبمباشرة أعمال الادارة فى الدولة الأخرى (١) .

المبحث الثانى

حلول تنازع القوانين فى النيابة الضرورية (القانونية)

١٩٥ - بينما لا نجد كبير خلاف حول القانون المنطبق على علاقات النيابة الضرورية (القانونية) نجد أن علاقات النيابة الاختيارية

(١) أنظر ريجر ، المرجع السابق ص ١٠١ - ١٠٣ والمراجع المشار إليها ٠

(الاتفاقية) كانت ولا تزال ميدانا فسيحا لاختلاف الآراء حول القانون المنطبق عليها ونستعرض فيما يلي هذه الآراء المختلفة تباعا في غير اطناب لا تقتضيه المقام .

١ - تطبيق قانون الارادة : القانون الذي يختار الطرفان تطبيقه له في جميع العلاقات العقدية الأولوية في حكم علاقتهما وجميع حلول التنازع الأخرى ليست الا حلولا تبعية بمعنى أنه لا محل لتطبيقها إلا في الحالة التي لا يكون الطرفان قد اختارا فيها القانون الذي يحكم العقد المبرم بينهما .

غير أننا في النياية نكون أمام ثلاث ارادات - ارادة الأصليل وارادة النائب وارادة الغير الذي يتعامل مع النائب - والرأى الذى يأخذ به معظم الشراح هو الاعتداد فى علاقات النياية بالقانون الذى يحدده الأصليل وحده فتمتئ أشار الأصليل فى الاثابة الصادرة منه الى قانون وطنى معين يحكم علاقة النياية فهذا القانون ينطبق على العلاقة . لا محل هنا للاعتداد بارادتى النائب والغير وان كانا هما المتعاقدان اللذان ينشئان العقد بارادتهما . وهناك قلة من الشراح لا ترى تطبيق القانون الذى يحدده الأصليل فى الاثابة التى تصدر عنه فكأنهم يستبعدون من نطاق علاقة النياية قانون الارادة وهو القانون الذى تسند اليه فى الأصل كافة العلاقات العقدية (١) .

وقد تأثرت بعض مشروعات الاتفاقات الدولية بهذا الاتجاه الأخير فنجد مثلاً أن المشروع الذى أعدته جماعة القانون الدولى فى مؤتمريها المنعقد أولهما فى كوينهاجن سنة ١٩٥٠ وثانيهما فى لوسرن سنة ١٩٥٢ يسند علاقة الأصليل والنائب الى قانون الارادة ولكنه يسند علاقة الأصليل والغير رأساً الى قانون المكان الذى يتعاقد فيه النائب فكأنه

(١) ديجو ، ص ١١٢ - ١١٤ والمراجع المشار إليها فيه .

يستبعد تطبيق قانون الارادة فيما يخص علاقة النيابة ويقصره على
العلاقة الداخلية بين النائب والأصيل • وقد أبدت بعض الدول
مثل هذا الرأي خلال أعمال الدورة التاسعة لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي
الخاص •

٢ - تطبيق القانون الشخصى للأصيل : هذا هو أقدم الحلول
التي اقترحها الفقه لتنازع القوانين فى علاقات النيابة فمنذ أواخر القرن
الماضى نجد كثيرا من الفقهاء يقولون باخضاع الوكالة - من حيث ترتيب
آثار مباشرة لتصرف الوكيل فى ذمة الموكل ومن حيث مدى سلطات
النوكيل - الى القانون الشخصى للموكل وهذا القانون هو اما قانون
موطنه واما قانون جنسيته على حسب الآراء ومن أصحاب هذا الحل
ستورى ورولان وسورفيل وفون بار وفراكنشتاين وبالدورى باليرى
وغيرهم • وحجة القائلين بهذا الحل أن الأصيل تنبغى حمايته من مغبة
ما قد يقدم عليه نائبه من تصرفات فى الخارج ولا تتأنى هذه الحماية
الا بتطبيق قانون الأصيل الذى يعرفه جيدا والذى صدرت عنه الاثابة
فى ظله كما أن تطبيق هذا القانون يتفق وتفسير ارادة الأصيل الضمنية
اذ لو كان قد اختار قانونا مينا لكان ذلك القانون هو قانون موطنه
أو قانون جنسيته •

٣ - تطبيق قانون موطن النائب : هذا الحل أحدث عهدا من
سابقة ولم ينل موافقة عدد كبير من الشراح وأول من قال به الفقيه
السويسرى فيستر فى رسالته التى سبقت الاشارة اليها ثم تابعه فى
هذا رأى فقيه سويسرى آخر هو موزر فى مقال نشره فى الكتاب
التذكارى للعيد الخمسينى لمعهد التجارة العالمى فى سان جالن سنة ١٩٤٩
كما أخذ بهذا رأى الى حد كبير الفقيه شنيترز فى كتاب له فى القانون
الدولى الخاص نشر سنة ١٩٥٠ •

وحجة هذا رأى أنه وسط بين تطبيق قانون الأصيل وبين تطبيق

قانون مكان التعاقد (والمفروض في الصورة التي انحصر فيها اهتمام معظم الشراح أنه أيضا مكان موطن الغير) فبدلا من تفضيل الأصل على حساب الغير أو العكس يذهب هذا الرأي الى أن قانون موطن النائب هو الأولي بحكم علاقة النيابة لكون تصرف النائب هو الصلة التي تربط بين الأصل والغير ولكون هذا القانون معروفا لكليهما بحكم تعاملهما مع النائب .

٤ - تطبيق قانون العلاقة الداخلية : هذا هو الحل الذي تأخذ به أغلبية الشراح في فرنسا وإيطاليا وبلجيكا مثل لوران وقايس وديسبانيه ونوابيه وتارتوفاري وفيدوتزي وموناكو وفيتوس ودي فوس ومؤدى هذا الرأي اخضاع علاقة النيابة للقانون الذي يحكم ما بين النائب والأصل من علاقة وهي في الغالب الأعم عقد وكالة وحجة هذا الرأي هي أن ارادة الأصل الضمنية قد اتجهت الى تطبيق هذا القانون وظاهر أن هذا الحل يستوحى المذهب اللاتيني التقليدي الذي لا يفرق بين النيابة والوكالة ويعتبر الأولي مجرد أثر من آثار عقد الوكالة (١) كما أن هذا الحل في نظر أصحابه يكفل حماية الأصل مثله مثل الحل القائل بتطبيق القانون الشخصي للأصل .

• - تطبيق قانون العقد الذي يرمه النائب : نادى بهذا الحل في ألمانيا زتلان ويطلق على قانون العقد الذي يرمه النائب اسم « قانون العملية الرئيسية » باعتبار أن ذلك العقد هو الهدف المقصود من الالابة ، كما قال به في فرنسا باتيغول وفي إنجلترا يرسلور وعنده أن القضاء الانجليزي يطبق هذا الحل ، كما نادى به أخيرا في إيطاليا كل من كاسوني في بحث له منشور في مجلة القانون الدولي الإيطالي سنة ١٩٦٠ وستاراتشي في الكتاب الذي خصصه للنسابة في القانون الدولي الخاص .

(١) انظر كتابه ٧٣ وما بعده .

وحجة هذا الرأي إلى النية تثير مسائل متعلقة بصحة العقد الذي يبرمه النائب وبإكثاره ولذا يتعين سريان قانون واحد على العقد وعلى علاقة النية بل أن الأستاذ باتيقول يذهب إلى حد استناد عقد الوكالة في مجموعة القانون مكان انعقاد العقد الذي يبرمه الوكيل وذلك باعتباره القانون المنطبق على هذا العقد فإن سرى على العقد المذكور قانون آخر كقانون مكان التنفيذ مثلا ، كان لهذا القانون الأخير أيضا الاختصاص بحكم عقد الوكالة فالمهم في رأيه أن تخضع الوكالة والعقد الذي يبرمه الوكيل لقانون واحد هو عنده قانون هذا العقد الثاني (١).

٦ - تطبيق قانون المكان الذي تعاقد فيه النائب : هذا الحل يقترب كثيرا من الحل السابق إذ أن قانون مكان التعاقد هو غالبا قانون العقد اللهم إلا في بعض حالات خاصة كما لو اتفق الطرفان على تطبيق قانون آخر (وهذه الحالة لا تمنينا لأن قانون الإرادة كما رأينا ينطبق بالأولية على أى قانون آخر ولا مجال مع تحديده للبحث عن حل آخر لتنازع القوانين) والا فيما لو انطبق على العقد قانون مكان التنفيذ دون قانون مكان التعاقد نتيجة لتطبيق قواعد التنازع في قانون المحكمة التي تنظر النزاع والا في حالة التعاقد بين غائبين وهذه أهم حالة قد يختلف فيها مكان الانعقاد الحكمى عن المكان الذي تعاقد فيه النائب فعلا وبالتالي لا يكون قانون العقد هو نفسه قانون المكان الذي أبرم فيه النائب العقد .

وتطبيق قانون المكان الذي تعاقد فيه النائب أصبح الآن هو الحل الأكثر ذيوغا في الاتفاقات الدولية وفي مشروعات القوانين الموحدة فقد أخذت به معاهدة توحيد قواعد القانون الدولي الخاص بين بلاد

(١) باتيغول Traité Élémentaire de D.I.P. باريس ١٩٥٦ ، بند ٦٠٩ ، وباتيقول « تنازع القوانين في العقود » بند ٣١٩ وأنظر مثل هذا الرأي عند جرواويش في المراجع السابق بند ٨٥ .

نمينيلوكس (بلجيكا وهولندا ولوكسمبرج) المقنونة في لاهاي في ١١ مايو سنة ١٩٥١ وذلك في المادة ٢٢ منها كما أخذ بهذا الحل المشروع الأول لمعهد توحيد القانون الخاص الصادر سنة ١٩٥٥ (المواد ٦ و ٧ فقرة ٢ و ٢١ فقرة ٢ و ٢٤ فقرة ٢ من المشروع المذكور) والمشروع الأخير لذلك المعهد الصادر سنة ١٩٧١ (المادتان ١١ فقرة ٢ و ٣٤ ب من المشروع) وكذلك أخذ بهذا الحل نفسه المشروعان اللذان أعدتهما جماعة القانون الدولي كما تطبقه محاكم كثير من البلاد (١) وغالبا ما يقترن هذا الحل بقيد هو أن يكون الأصل قد رخص للنائب في التعاقد في البلد انذى تعاقد فيه أو في الخارج على وجه العموم .

١٩٦ - هذه هي الحلول المختلفة التي نجدها في الفقه وفي

تقنيات قواعد النزاع وفي أحكام القضاء في مختلف الدول على أن تعدد هذه الحلول لا يعنى أن القانون المنطبق على علاقة النيابة يمكن أن يتعدد بقدر تعدد الحلول المقترحة فالواقع أن القوانين الوطنية التي يمكن أن تتنازع حكم علاقة النيابة لا يمكن عملا أن تزيد على ثلاثة والحلول التي عرضناها في البند السابق يمكن رد بعضها الى بعض لأن القانون الذى يشير بتطبيقه أحدها يكون غالبا هو نفسه القانون الذى يؤدى الى تطبيقه الأخذ بالحل الآخر .

فقانون الارادة مثلا هو غالبا القانون الشخصى للأصيل وهو أيضا في الغالب قانون العلاقة الداخلية ، ذلك أن الأصيل اذا اختار قانونا سيختار قانون موطنه وهذا القانون هو أيضا الذى ينطبق في معظم الحالات على علاقته بنائبه اذ الأغلب أن تنشأ تلك العلاقة في ظل

(١) ديجو ص ١٣٨ - ١٤٠ وانظر في المرجع المذكور تطبيقات هذا الحل في قضاء كل من ألمانيا وسويسرا وانجلترا وغيرها ص ١٤١ - ١٦٧ . وانظر تطبيقات هذا الحل في قضاء الولايات المتحدة في رابيل ج ٣ ص ١٦٠ .

القانون المذكور وهكذا تنفق ثلاثة حلول مختلفة نظريا في الاشارة الى
قانون وطنى معين على أنه المنطبق على علاقة النيابة .

كذلك فان قانون المكان الذى يتعقد فيه النائب هو فى الأغلب
الأعم قانون العقد الذى يبرمه النائب كما أنه قد يكون هو نفسه
قانون موطن النائب فى حالات الأشخاص الذين يحترفون فى موطنهم
النيابة عن أشخاص متوطنين فى الخارج وهو وضع شائع فى التجارة
الدولية .

وهكذا تلتقى فى النتيجة العملية حلول يبدو أنها تختلف فى أساسها
النظرى وفى صياغتها اختلافا بينا ، ولو أمعنا النظر فى الحلول المختلفة
لأمكن أن نرجع اختلافها الى أحد اعتبارات أربعة تساق أحيانا لتبرير
هذا الحل أو ذاك من حلول تنازع القوانين بشأن علاقة النيابة :

١ - الاختلاف فى تحديد الطبيعة القانونية للنيابة : فالقائلون -
طبقا للمذهب القديم فى الفقه التقليدى - بأن النيابة مجرد عنصر من
عناصر عقد الوكالة تجعلهم هذه النظرة يسندون النيابة الى القانون
المنطبق على الوكالة (قانون العلاقة الداخلية) أما القائلون باسناد
علاقة النيابة الى قانون العقد الذى يبرمه النائب فكأنهم - وإن لم
يصرح أحد منهم بذلك - قد اعتبروا النيابة وصفا يلحق هذا العقد
مقتربين فى هذا النظر من ليني - أولمان ومن ساروا على رأيه (١) إذ
إن اسناد وصف يقرن بعقد ما الى القانون الذى يحكم هذا العقد
يبدو أمرا طبيعيا .

٢ - ترجيح مصلحة معينة على غيرها من المصالح التى تجمع بينها
علاقة النيابة : فتطبيق القانون الشخصى للأصيل وكذا تطبيق قانون
العلاقة الداخلية يكفل فى نظر أصحاب هذين الحلين حماية مصلحة

(١) انظر أدناه ص ٢٧ وما بعده .

الأصيل التي هي في تقديرهم أولى بالحماية ، أما القائلون بتطبيق قانون موطن النائب أو بتطبيق قانون مكان التعاقد أو بتطبيق قانون العقد الذي يبرمه النائب فقد قصدوا الى حماية الغير الذي يتعامل مع النائب أو الغير عموما وذلك على أساس الصورة المثلى - في نظرهم - لتجاوز علاقة النيابة حدود الدولة الواحدة وهي صورة تعاقد النائب مع الغير في موطنهما المشترك أو في موطن الغير الذي يختلف عن موطن الأصيل . والحماية التي تقصد هذه الحلول الى كفالتها تتمثل في مجرد المسامح صاحب المصلحة الراجعة بأحكام القانون واجب التطبيق لكونه قانون موطنه بصرف النظر عما اذا كانت أحكام ذلك القانون الموضوعية أفضل له من الأحكام الموضوعية لقانون وطني آخر كان يمكن أن ينطبق على العلاقة ، فالأصيل في الحالة الأولى والغير في الحالة الثانية يهمل أن يعرف متى وكيف تقوم بينه وبين الطرف الثاني علاقة مباشرة نتيجة للعقد الذي يبرمه النائب وبهمل أن يعرف كذلك مدى سلطة النائب وحدودها ومعرفة ذلك وفقا لقانونه أيسر له من معرفته وفقا لقانون أجنبي غريب عليه .

٢ - مراعاة توقعات الطرف الأجدر بالرعاية : وهذا الاعتبار يقترب من سابقه ويؤدي الى الحلول نفسها تقريبا فاذا قلنا ان الأصيل أجدر بالرعاية اتهمنا الى تطبيق قانونه أو قانون المصلحة الداخلية على أساس أن تطبيق أحد هذين القانونين (وكثيرا ما يكونان قانونا واحدا) هو ما كان يتوقمه الأصيل عند صدور الالاية عنه ، أما اذا رجحنا جانب الغير فإن القانون الذي يتوقع الغير تطبيقه هو قانون المكان الذي تعاقد فيه مع النائب أو قانون العقد المبرم بينهما (وغالبا يكون قانون العقد هو قانون مكان التعاقد) .

على أنه يصح أن نقول : أليس مما ينبغي أن يتوقمه الأصيل أن ينطبق على علاقة النيابة قانون أجنبي طالما كان المفروض أن الالاية

التي صدرت عنه ترخص للنائب بالتعامل لحساب الأصل في الخارج ؟
ان طبيعة علاقات النيابة ذات العنصر الأجنبي تجعل حصر توقعات
الأصل في تطبيق قانون موطنه أو قانون العلاقة الداخلية أمرا افتراضيا
محضا كثيرا ما يخالفه الواقع .

٤ - تفسير ارادة الأصل : وهذا الاعتبار هو امتداد لمبدأ تطبيق
قانون الارادة فاذا لم يفصح الأصل عن ارادة صريحة بشأن تطبيق قانون
معين على علاقة النيابة ذات العنصر الأجنبي فان في الامكان أن تنسب
اليه ارادة ضمنية بشأن اختيار قانون معين وهذا القانون الذي يصير
تجديده عن طريق تفسير ارادة الأصل يصح أن يكون واحدا من عدة
قوانين بحسب اختيار القائم بالتفسير فهو اما قانون موطن الأصل
واما قانون العلاقة الداخلية واما قانون مكان التعاقد اذا سلمنا بأن
ارادة الأصل وقد صدرت عنها اناية تستعمل في الخارج فان تطبيق
قانون تلك الدولة الأجنبية يصح أن تنسب اليه ارادة الأصل الضمنية ،
وهكذا فهذا الاعتبار قد يساق تبريرا لأي حل من مختلف الحلول التي
استعرضناها ولهذا لا نرى أن يكون تفسير ارادة الأصل وتحرى
ما اتجهت اليه ضمنا تلك الارادة مما يجوز أن ينسب اليه حل سليم
لتنازع القوانين في علاقات النيابة الاختيارية .

هذه هي مختلف الاعتبارات التي تستوحىها الحلول المتقدمة أو
التي تساق من بعد لتبرير الأخذ بحل معين من بينها ولا تغفل هذه
الاعتبارات كلها من أوجه انتقاد سنتناولها في الفصل الثالث من هذا
الباب على أننا نلاحظ منذ الآن أن الحلول الستة التي استعرضناها
لا تستند كلها علاقة النيابة اسنادا مباشرا الى قانون وطني معين بالذات
فمن بينها حلان (تطبيق قانون العلاقة الداخلية وتطبيق قانون المقعد
الذي يرميه النائب) لا يتقدمان سوى قاعدة اسناد غير مباشرة اذ يبقى

بعد أن نقول بأن علاقة النيابة تخضع لقانون العلاقة الداخلية بين النائب والأصيل أن نحدد ما هو القانون الذي يسرى على تلك العلاقة وكذلك في حالة القول بإخضاع علاقة النيابة لقانون المقعد الذي يبرمه النائب يبقى علينا أن نعرف أى قانون وطنى هو الذى يسرى على ذلك المقعد فهما اذن حلال يسندان علاقة النيابة اسنادا تبعا كنتيجة لاعتبار تلك العلاقة من ملحقات علاقة عقدية معينة هي اما العلاقة التى تربط الأصيل بالنائب واما المقعد الذى يبرمه هذا الأخير مع الغير .

الفصل الثاني

قاعدة استناد علاقات النيابة الضرورية (القانونية)

١٩٧ - سنتناول في هذا الفصل تحديد الحل المناسب لتنازع القوانين في علاقة النيابة الضرورية (القانونية) ولن نشور في هذا المجال صحويات ذات بال لما سبق أن قلناه من أن أمر استناد هذا النوع من علاقات النيابة ليس محل خلاف لتعلقه في معظم الصور بالنظم الموضوعة لحماية فاقدى الأهلية أو ناقصيها .

ولهذا السبب عنه لا تبلغ الأهلية العملية لتنازع القوانين في هذا النوع من النيابة مبلنفا في النيابة الاختيارية فالنطاق المكاني لتصرفات النائب عن ناقص الأهلية لا يتجاوز موقع أموال الأصل ووجود كل أموال القاصر أو ناقص الأهلية في موطنه هو الأصل الغالب اذ قليل من ناقصي الأهلية من تنتشر أمواله في اقليم أكثر من دولة واحدة ، أما التجارة الدولية - والنيابة الاختيارية احدى أدواتها - فالأصل فيها بطبيعتها أن تتجاوز حدود الدولة الواحدة وأن تصطبغ كل عملياتها التي تتم بطريق النيابة بالصبغة الدولية فتشور بصدد كل عملية منها مسألة تنازع القوانين .

والنيابة الضرورية تستمد وجودها من قاعدة قانونية موضوعية

لا من تصرف ارادي للأصيل كما هو الشأن في النيابة الاختيارية وهذا الاختلاف في المصدر لا يخلو من تأثير على حل تنازع القوانين اذ الاختصاص التشرعي بالعلاقات العقدية هو من حيث المبدأ لقانون الإرادة وكافة حلول التنازع الأخرى انما هي حلول تبعية بمعنى أن القانون الذي تشير اليه تلك الحلول انما هو بديل من القانون الذي كان المفروض أن تعدده ارادة أصحاب الشأن ولما كان الأصل في النيابة الضرورية غير ذى ارادة صالحة لتحديد القانون واجب التطبيق فمن الطبيعي أن يكون القانون الوطني الذي تنتمي اليه القاعدة المنشئة للنيابة هو نفسه المنطبق على علاقات النيابة الضرورية وألا يكون هناك مجال لتطبيق قانون آخر من تلك القوانين التي يعتبر تطبيقها على علاقات النيابة الاختيارية من قبيل الاسناد التبعي المترتب على تخلف قانون الارادة وهو متخلف في علاقات النيابة الضرورية ابتداء وبحكم انتهاء الارادة لدى الأصيل .

وهناك اعتبار آخر يبرر الأخذ بالحل المذكور - أي اسناد علاقات النيابة الضرورية الى القانون الذي تستمد منه النيابة وجودها - وهذا الاعتبار هو تعلق هذا النوع من النيابة غالباً بحماية ناقصي الأهلية وهذه الحماية تعتبرها النظم القانونية الوطنية كلها من النظام العام واذاً فتحديد آثار تصرف النائب بالنسبة للأصيل وتعيين مدى سلطات النائب في التصرف باسم الأصيل وفي إيجاد رابطة مباشرة بينه وبين الغير أمور لا يمكن أن ينزل القانون الوطني عن تنظيمها في مجاله الخاص أي بالنسبة للمواطنين الى قانون آخر كما أن قواعد التنازع في كل قانون وطني لا تجد في هذا النوع من العلاقات القانونية ما يرجع تطبيق قانون آخر عليها غير قانون القاصر أو ناقص الأهلية الأجنبي ولهذا تجمع قوانين كل البلاد على اسناد علاقات النيابة القانونية الى قانون الأصيل المقصود بالحماية وهو اما قانون جنسيته

وأما قانون موطنه بحسب نظرة كل مشرع وعنى الى ضابط الاستناد
المرجح في تقديره .

ويضاف الى ما تقدم أن النيابة عن ناقصى الأهلية متفرعة عن
الأهلية ذاتها وأهلية الأشخاص يحكمها طبقا لقواعد التنازع في تشريعات
كل البلاد القانون الشخصى ولهذا كان طبيعيا أن يحكم علاقات النيابة
المبنية على نقص الأهلية القانون نفسه الذى يحكم الأهلية توحيدا
للقانون المنطبق على مجموعة متكاملة من الأوضاع القانونية تتركز
حول شخص ناقص الأهلية .

١٩٨ - وإذا كان المبدأ الذى يكاد يكون مجمعا عليه هو اسناد
علاقات النيابة الضرورية الى قانون الأصل فإن قوانين بعض البلاد
تستثنى من ذلك ولاية الأب فتسندها الى قانون الأب وبالتالي يحكم
علاقات النيابة فى هذه الصورة قانون النائب (الأب) لا قانون الأصل
(الولد) ومن التشريعات التى تحوى هذا الاستثناء القانون الألمانى
كما رأينا (بند ١٩٣ آفأ) وقد كان منها كذلك القانون المصرى قبل
صدور القانون المدنى الحالى اذ كانت المادة ٢٩ من لائحة التنظيم
القضائى المختلط تنص فى فقرتها الرابعة على سريان قانون الأب على
الحقوق والواجبات ما بين الآباء والأبناء وكان هذا الاسناد لتنظيم
مضمون الولاية يقتضى اسناد علاقات النيابة المتعلقة بالولاية الى
قانون الأب (النائب) كذلك للاعتبارات التى سبقناها فيما تقدم وقد
حوى مشروع تنقيح القانون المدنى هذا الحكم عينه فى المادة ٣٥ منه
غير أن هذه المادة حذفت فى المراحل التالية للتقنين وصدر القانون
المدنى المصرى خلوها من النص على اسناد الولاية الى قانون الأب اذ
بوت المادة ٣٨ من القانون المدنى المصرى بين الولاية والوصاية والقوامة

وغيرها من النظم الموضوعة لحماية ناقصي الأهلية والغائبين فأستندتها الى قانون الشخص الذي يجب حمايته .

على أن القانون العراقي — من بين قوانين البلاد العربية — قد نص على اسناد الولاية الى قانون الأب كما كان يفعل القانون المصري القديم وكما يفعل القانون الألماني والقانون الايطالي اذ نصت الفقرة الرابعة من المادة ١٩ من القانون المدني العراقي على أن : « المسائل الخاصة بالنسبة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد يسرى عليها قانون الأب » وعلى ذلك فعلاقات النيابة المتولدة من الولاية تخضعها قاعدة التنازع العراقية لقانون النائب (الأب) وهو القانون الذي يحكم مضمون الولاية وعلاقة طرفيها أى العلاقة الداخلية بين النائب والأصيل وفى ذلك مراعاة لمبدأ وحدة الولاية والأوضاع المتعلقة بها كما أن فى تطبيق قانون الأصيل على علاقات النيابة المتولدة عن الوصاية أو القوامة مراعاة لمبدأ وحدة النظام الموضوع لحماية ناقصي الأهلية ففى الحالتين ينطبق على علاقات النيابة القانونية القانون نفسه المنطبق على العلاقة الداخلية بين النائب والأصيل .

١٩٩ — القانون المصري اذن — ومثله فى ذلك القانون السوري والقانون الليبي والقانون الجزائري والقانون الأردني — يشير على القاعدة التى تتبعها معظم قواعد التنازع الوطنية فيسند جميع نظم حماية ناقصي الأهلية الى قانون الأصيل وفى ذلك تقول المادة ١٦ من القانون المدني المصري — وتقابلها المادة ١٧ من القانون المدني السوري والمادة ١٦ من القانون المدني الليبي والمادة ١٥ من القانون المدني الجزائري والمادة ١٧ من القانون المدني الأردني — انه : « يسرى على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية وغيرها من النظم الموضوعة لحماية المحضرين والغائبين قانون الشخص الذى يجب

حمايته » والمقصود بقانون الشخص هو قانون الدولة التي يتنى إليها
جنسيته .

فهذا النص يستند الى قانون جنسية ناقص الأهلية كافة المسائل
المتعلقة بحمايته - من حيث تنظيمها الموضوعي لا من حيث اجراءاتها -
فهذا القانون يحكم اسناد الولاية الى الأب أو الأم ويحكم تعيين
الوصي أو القيم وتحديد حقوق هؤلاء جميعا وواجباتهم وحالات سلب
الولاية أو العزل من الوصاية أو القوامة وحالات الاذن للناصر بالادارة
وقواعد تقديم الحساب والأجر الى غير ذلك مما يتصل بالعلاقة الداخلية
بين ناقص الأهلية وبين نائبه .

وكذلك فإن هذه القاعدة تنسحب على علاقات النيابة المتولدة عن
النظم الموضوعية لحماية ناقصي الأهلية فقانون جنسية الأصل يحكم
كذلك مسألة رجوع آثار تصرف النائب - وليا كان أو وصيا أو قيدا -
الى الأصل ناقص الأهلية مباشرة وهو الذي يحدد لنا متى وكيف ينشئ
تصرف النائب رابطة مباشرة بين الأصل وبين الغير المتعامل مع النائب
نم هو أيضا الذي يحدد لنا مدى نيابة النائب ونطاق سلطاته في التصرف
باسم الأصل .

وقد أشرنا فيما تقدم الى الاعتبارات التي يستند إليها إخضاع
علاقات النيابة القانونية الى قانون العلاقة الداخلية (وهو في القانون
المصري وكذا في القانون السوري والليبي والجزائري والأردني قانون
جنسية الأصل) ويضاف الى تلك الاعتبارات أنه من السهل على الغير
في حالات النيابة القانونية أن يتعرف على القواعد التي تحكمها وأن
يتحقق من حدود مكنة النائب وذلك لأن مصدر تلك النيابة هو القانون
وتنظيمها متولدة قواعد آمرة لا يمتنع أمرها على الغير بأقل تدبير

بتطلبه التعامل مع نائب عن شخص ناقص الأهلية وإن يكن أجنبياً (١) وهذا بخلاف الحال في النيابة الاختيارية حيث تستمد وجودها من ارادة الأصل وحيث تلك الارادة هي التي تحدد مدى النيابة وترسم حدود سلطة النائب على وجه قد لا يخلو من اثاره الصعوبات بشأن التعرف على حقيقة تلك الحدود وبخاصة متى تباينت بشأنها أحكام القوانين الوطنية المختلفة .

كما أن الأصل الذي تصدر عنه ائابة اختيارية يباشر النائب بمقتضاها تصرفات ذات عنصر أجنبى عليه أن يتوقع كل ما يثيره هذا الوضع في مجال تنازع القوانين وعليه أن يتعرف أحكام القوانين الأجنبية التي قد تصدى لحكم علاقة النيابة فهو اذ يكلف نائبه التعامل في خارج موطنه يتجاوز بالائابة حيزها الأصلي في المكان ويقتحم المجال القانوني للغير الذي سيتعامل مع النائب وعليه أن يتوقع عواقب مثل هذا النشاط أو يحتاط لها باختيار قانون معين (قانون الارادة) فان لم يشأ أن يحدد القانون المنطبق على علاقة النيابة فهو اذن قد تصور احتمال انطباق قانون آخر عليها ولم ينكص أمام هذا الاحتمال ولعله قد تعرف على أحكام تلك القوانين التي يحتمل أن تتنازع أمر علاقة النيابة وارتضى انطباقها ، وهذه كلها أمور لا يمكن أن تنسبها الى أصيل ناقص الأهلية فمثل هذا الأصل يكون الأصح في حق من تعامل مع نائبه أن يقول أنه هو الذي يقتحم المجال القانونى لناقص الأهلية وعليه اذن أن يتعرف على أحكام علاقة النيابة في قانون الأصل وهو كما قلنا أمر ليست فيه مشقة زائدة .

٢٠٠ - ذكرنا فيما تقدم (بند ١٩٧) أن تطبيق قانون الارادة مستبعد في حالات النيابة القانونية لكون الأصل غير ذى ارادة صالحة

(١) انظر ما تقدم به ٧٢ . ٩٥ .

لاختيار القانون الواجب التطبيق على علاقة النيابة، ولكن هل للنائب
والغير الذي يتعامل معه أن يختارا - وهما المتعاقدان اللذان يشآن
العقد باردتهما - قانونا معينا يسرى على علاقة النيابة ؟

ان مثل هذا السؤال يعرض أيضا بشأن النيابة الاختيارية
وسنرجى الاجابة عليه في خصوصها الى موضعها فيما يلي وسيكون لنا
في ذلك قول لا يتقيد بما هو شائع في الفقه من أن اختيار القانون
المنطبق على علاقة النيابة يرجع الى ارادة الاصيل وحده ، على أننا
بشأن النيابة القانونية لا نتردد في الاجابة على هذا السؤال بالنفي
فليس من حق النائب عن ناقص الأهلية أن يحدد في العقد الذي
يبرمه مع الغير قانونا آخر يحكم علاقة النيابة غير قانون الاصيل وعلة
هذا الحل واضحة لأن الأحكام التي تنظم النيابة عن ناقص الأهلية
أحكام أمرة ينفرد قانون الاصيل - كما رأينا - بالانطباق عليها فليس
من المقبول أن تترك للنائب حرية اختيار تطبيق قانون آخر قد يعطيه
سلطات أوسع مما تعطيه أحكام قانون الشخص المقصود بالحماية أو قد
يقول تطبيق أحكامه الى الاضرار بالاصيل لأن معنى تمكين النائب عن
ناقص الأهلية ن اختيار قانون آخر لحكم علاقة النيابة تمكينه بطريق
غير مباشر من مخالفة أو مجاوزة القواعد الأمرة التي تحكم النظام
الموضوع لحماية ناقص الأهلية .

٢٠١ - ومن صور النيابة الضرورية (القانونية) صورة لها
حكم خاص في تنازع القوانين وهذه الصورة هي الفضالة فالفضولي
في مباشرة شأنه عاجلا رب العمل قد لا يقتصر على القيام بأعمال مادية
بل قد يعقد تصرفات قانونية مع الغير لحساب رب العمل وهذه التصرفات
- متى توافرت شروط الفضالة - ترجع آثارها الى رب العمل رأسا
ويعتبر الفضولي فيها تابعه فما هو القانون المنطبق على علاقة النيابة
هذه اذا كانت عناصرها موزعة بين أكثر من دولة ؟

الحل هنا كما في باقي حالات النياية القانونية اسناد علاقة النياية الى القانون نفسه الذي يحكم العلاقة الداخلية أى الفضالة من حيث هي ، ولكن هذا القانون في حالتها هذه ليس قانون الأصل بل هو قانون المكان الذي تصرف فيه الفضولي باسم رب العمل ولحسابه واذن ينسحب على علاقة النياية الناشئة عن الفضالة حكم قاعدة الاسناد التي تضمنتها المادة ٢١ فقرة أولى من القانون المدني المصري (وتقابلها في القانون المدني السوري المادة ١/٢٢ وفي القانون المدني العراقي المادة ٢٩ وفي القانون المدني الليبي المادة ١/٢٢ وفي القانون المدني الجزائري المادة ١/٢٠ وفي القانون المدني الأردني المادة ٢٢) ونصها « يسرى على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام » .

واذن فقانون البلد الذي تولى فيه الفضولي الشأن العاجل لرب العمل هو الذي ينظم التزاماتها المتقابلة وهو نفسه أيضا الذي يحكم علاقة النياية اذا كان نشاط الفضولي قد امتد الى ابرام تصرف قانوني مع الغير لحساب رب العمل .

وهذا الحل يكاد يكون محل اجماع في كل البلاد فقد نصت عليه مثلا المادة ٢٥ فقرة ٢ من الأحكام التمهيدية للقانون المدني الإيطالي والمادة ١١ فقرة أولى من قانون قواعد التنازع البولوني الصادر سنة ١٩٣٩ والمادة ٢٢٠ من تقنين بوستامنتي المطبق في كثير من بلاد أمريكا اللاتينية والمادة ٧٩ من مشروع تنقيح القانون المدني الفرنسي كما تضمنت النص عليه عدة مشروعات لتقنين قواعد القانون الدولي الخاص ثم هو مطبق في قضاء الدول التي لم تتضمن تشريعاتها خصوصا خاصة بتنازع القوانين .

واسناد علاقة النياية الناشئة عن عمل الفضولي الى قانون المكان الذي

تعاقد فيه هذا الأخير مع الغير نتيجة طبيعية لاستبعاد معظم الحلول الأخرى في هذه الصورة بالذات فقانون الإرادة لا محل للقول بانطباقه لعدم وجود إرادة للأصيل (رب العمل) إذ التصرف يجرى في غيبته وبغير علم منه ولهذا السبب عنه تستبعد الحلول الأخرى التي تستند إلى احترام توقعات الأصيل أو إلى تفسير إرادته فلا يبقى لدينا إلا ضوابط الاسناد الموضوعية التي تشير في هذه الصورة إلى قانون المكان الذي تصرف فيه الفضولي ففي هذا المكان تنحيز معظم عناصر العلاقة فيه تم التعاقد وفيه يتم التنفيذ وفيه غالباً يوجد موطن الفضولي وموطن الغير الذي تعاقداً معه فلا يبقى من عناصر العلاقة خارج المجال الطبيعي لقانون مكان التصرف إلا موطن الأصيل وترجيح الصلة التي يرتبها بين علاقة النيابة وبين قانون مكان التصرف مجموع هذه العناصر على الصلة التي تستند على مجرد عنصر واحد هو موطن الأصيل أمر طبيعي يجعل اسناد علاقة النيابة المبنية على فضالة - كاسناد الفضالة نفسها - إلى قانون البلد الذي تصرف فيه الفضولي اسناداً سليماً يخضع العلاقة إلى القانون الذي تنتمي إليه أكثر من ارتباطها إلى أي قانون آخر .

٢٠٢ - وفي تلخيص ما تقدم نقول ان علاقات النيابة الضرورية (القانونية) يسرى عليها القانون الذي يسرى على الصلة الداخلية بين النائب والأصيل وهذا القانون هو قانون جنسية الأصيل في حالات النيابة المتعلقة بنظم حماية فاقدى الأهلية وناقصوها وهو قانون الدولة التي تصرف فيها الفضولي في حالة النيابة المترتبة على فضالة .

على أننا في صياغة قاعدة اسناد خاصة بعلاقات النيابة الضرورية نود أن نتعاضد الاسناد غير المباشر إلى قانون العلاقة الداخلية لأن هذا الاسناد يعوجنا إلى التساؤل في كل حالة عن ذلك القانون ما هو؟

• لذا يستحسن أن تصاغ قاعدة اسناد علاقات النيابة الضرورية على الوجه الآتي :

« يسرى على علاقات النيابة الضرورية (القانونية) قانون جنسية الأصيل اذا تربت العلاقة على نظام من النظم الموضوعة لحماية فاقدى الأهلية وناقضها ويسرى عليها قانون الدولة التى تصرف فيها النائب اذا تربت العلاقة على الفضالة » •

وهذه القاعدة تسد نقصا موجودا فى القانون المدنى المصرى وفى غيره من القوانين العربية التى تحوى حلولاً لتنازع القوانين ذلك أن تلك الحلول انما تنصب على العلاقة الداخلية لا على علاقة النيابة بالتحديد الذى قدمناه (انظر بند ١٨٨ آنفا) ثم أن تحرى الحلول المناسبة لتنازع القوانين فى غير المسائل التى نصت عليها قواعد الاسناد الوضعية هو أمر متروك لاجتهاد الفقه والقضاء وهو اجتهاد ترك المشرع نفسه بابه مفتوحا اذ نصت المادة ٢٤ من القانون المدنى المصرى (وتقابلها المادة ٢٥ من القانون المدنى السورى والمادة ٢٤ من القانون المدنى الليبى والمادة ٣٠ من القانون المدنى العراقى والمادة ٢٥ من القانون المدنى الأردنى) على أنه :

« تتبع فيما لم يرد بشأنه نص فى المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولى الخاص » •

الفصل الثالث

قاعدة اسناد علاقات النيابة الاختيارية (الاتفاقية)

٢٠٣ - القاعدة بشأن العلاقات العقدية هي اخضاعها للقانون الذى يختاره الطرفان أى لقانون الارادة وقد أصبح هذا الحل مستقرا فى قواعد الاسناد الوضعية وفى أحكام القضاء وفى اجتهادات الفقه فى مختلف البلاد .

وليس يعنينا هنا أن نسلخ فيما دار من جدل فقهي حول الصفة التى تنطبق بها أحكام قانون الارادة : هل تنطبق بوصفها قواعد وضعية أم بوصفها تنظيما اختياريا للمقد فى اطار مبدأ سلطان الارادة فى القانون المحلى ؟ وكذلك الاعتراض الآخر الذى يرى فى تطبيق قانون الارادة نوعا من المصادرة على المطلوب بمقولة أن الارادة الفردية لا تنتج آثارا قانونية الا فى اطار نظام قانون وطنى معين وأن ما يخالف المنطق أن تخضع الارادة العقدية من حيث صحتها ومن حيث آثارها لقانون معين تختاره تلك الارادة قبل أن يعرف حكم التمييز عن الارادة من حيث صحتها ومن حيث آثاره وهو حكم لا بد أن يبنى على نظام

قانونى وضعى سابقى على الارادة (١) ويكفي هنا أن قاعدة اسناد العلاقات المقيدة الى قانون الارادة بالأولوية على أى اسناد آخر قد استقرت فى القانون الدولى الخاص استقرارا يجعلها حقيقة من حقائقه لا جدوى من المجادلة فيها .

وبالنسبة لملاقات النيابة تجمع الآراء على أن الارادة التى يمتد بها فى تحديد القانون واجب التطبيق عليها هى ارادة الأصل وحده فالتانون الذى يختاره الأصل فى الانابة الصادرة عنه هو الذى يحكم علاقة النيابة فإذا لم يختَر الأصل مثل هذا القانون استبعدنا تطبيق قانون الارادة وتعيين علينا البحث عن حل آخر من حلول تنازع القوانين بشأن علاقة النيابة (٢) .

ولا شبهة فى أن الأصل متى حدد فى الانابة الصادرة عنه القانون الذى يختار تطبيقه على علاقة النيابة فإن ذلك القانون يكون هو المنطبق عليها فالأصل هو الذى ينشأ الانابة وارادته هى التى تحدد مداها وكافة الأوضاع المرتبطة بها بما فيها القانون واجب التطبيق على علاقات النيابة ذات العنصر الأجنبى .

على أن الانابة اذا لم تتضمن مثل هذا الاختيار الصريح لقانون معين يكون أماننا وضمان علينا أن نحدد حكمهما من حيث تنازع القوانين وهذان الوضعان هما :

١ - خلو الانابة من اختيار صريح لقانون معين بينما يكون

(١) انظر فى هذه الاعتراضات وفى ردّها : جبرائيل ، المرجع السابق بند ٢٩ ،
٨٠ . والدكتور هشام على صادق : تنازع القوانين ، الطبعة الثالثة ، الاسكندرية
١٩٧٤ ، الجند ١٨٣ .

(٢) هذا الرأى لم يخرج عليه أحد من كتبتوا فى الموضوع حتى فرانسواز نحو صاحب
أحدث دراسة جامدة فى تنازع القوانين فى النيابة ، انظر كتابه الذى سبقته الإشارة اليه
ص ١١٣ وما بعدها .

الأصيل قد حدد لنائبه فيما بينهما القانون الذى يختاره لحكم علاقة النيابة ، وهذا الوضع حكمه حكم سائر تعليمات الأصيل الى نائبه (انظر آتفا البنود ١١٥ - ١١٧) فما لم يثبت أن الغير الذى تعامل معه النائب كان على علم بهذا الاختيار فإن القانون الذى حدده الأصيل بهذه الصورة لا يسرى على علاقة النيابة بوصفه قانون الارادة .

٢ - اختيار النائب والغير الذى يتعاقد معه لقانون معين فى حالة خلو الانابة من اختيار القانون واجب التطبيق ، وعندنا أن مثل هذا الاختبار ينبغى أن يترتب عليه أثره من حيث تحديد القانون المنطبق على علاقة النيابة ، ذلك أن النائب والغيرهما المتعاقدان المنشئان للعقد بارادتهما ولادخل لارادة الأصيل فى انشاء هذا العقد بصورة مباشرة (انظر آتفا البنود ٥٥ و ٥٧ و ٦٦) ولما كانت قاعدة التنازع الأصلية فى مجال العقود هى انسنادها الى القانون الذى يختاره المتعاقدان فإن اختيار النائب والغير لقانون معين يؤدى الى القول بأن ذلك القانون الذى اختاره هو قانون الارادة وأنه ينطبق بهذا الوصف على علاقة النيابة .

ويبدو أن استبعاد مثل هذا الحل والاقتصار فى مجال علاقات النيابة على القانون الذى يختاره الأصيل وحده يرجع الى الرغبة فى مراعاة جانب هذا الأخير وحياطة مصلحته على أن هذا الاعتبار مردود من أكثر من وجه :

(أ) أن طبيعة علاقات النيابة ذات العنصر الأجنبى تجعل انطباق واحد من قوانين وطنية متعددة على هذه العلاقة أمرا لا يمكن أن يغيب عن ذوى الشأن فيها فلو شاء الأصيل أن يحول دون اختيار النائب والغير لقانون معين فلدبه من أول الأمر الوسيلة المؤدية لذلك ألا وهى اختيار القانون المنطبق على العلاقة بارادته هو فى الانابة التى تصدر عنه .

(ب) أن تحديد القانون المنطبق على علاقة نيابة ذات عنصر أجنبي تعتبر من التوابع الضرورية للتصرف المناب فيه ويخل بهذه الصفة في نطاق سلطة النائب (م ٧٠٢/٣ مدني مصري) متى كان هذا النائب مكلفا بالتعاقد لحساب الأصل في الخارج الا أن ينص الأصل على الحد من هذا النطاق الذي يرسمه القانون نفسه لدى النيابة .

(ج) أن اختيار النائب والغير لقانون معين ليس على أية حال أمرا متروكا لمطلق هواها فالمقرر بشأن تحديد قانون الارادة بوجه عام أن يقع اختيار المتعاقدين على أحد القوانين الوطنية التي تصلها بالعلاقة صلة قائمة على اعتبارات موضوعية تربط بين العلاقة وبين مجال ذلك القانون فليس للمتعاقدين اذن أن يختاروا قانون بلد لا صلة له أصلا بأى عنصر من عناصر العلاقة العقدية (١) وعلى ذلك ينحصر الاختيار المتروك للنائب وللغير الذي يتعاقد معه في عدد محدود من القوانين الوطنية المتصلة ببعض عناصر العلاقة وهي قوانين كان في وسع الأصل - بل كان ينبغي عليه - أن يتوقع انطباق أحدها على علاقة النيابة وله ان شاء أن يتحاشى هذا الانطباق أن يختار ابتداء القانون الذي يريد له أن يسرى على علاقة النيابة دون غيره أو أن يحد من مدى النيابة بما يخرج عنه صراحة اختيار القانون واجب التطبيق .

وجملة القول في قانون الارادة الذي يسرى على علاقات النيابة

(١) انظر في هذا المعنى باتيفول : المظاهر اللسانية بند ٣٧ - ٤٠ (ص ٨٣ - ٨٩) وباتيفول : القانون الدول الخاص ، الطبعة الرابعة باريس ١٩٦٧ بند ٥٧ . وانظر عرضا وافيا لهذا الرأي الراجح الذي تأخذ به وللرأي المخالف الذي يذهب الى اطلاق حرية اختيار القانون المنطبق على العقد في رابيل : « تنازع القوانين » دراسة مقارنة . ج ١ ص ٩٠ - ٩٤ وج ٢ ص ٣٥٩ - ٤٢٧ .

Rabel, The Conflict of Laws, A Comparative Study, Vol. I, Ann Arbor, 1958, pp. 90-94; Vol. II, Ann Arbor, 1960, pp. 359-427.

وانظر كذلك هشام عل صادق ، المرجع السابق ، الجند ١٨٥ .

أنه هو القانون الذى يختاره الأصل فى الالافاة الصادرة عنه فان خلت الالافاة من اختيار صريح وكان الغير لا يعلم باختيار اخر للأصيل سرى على علاقة النيابة القانون الذى يختاره النائب والغير فى العقد المبرم بينهما •

٢٠٤ - اذا تخلف قانون الارادة بمعنى أنه ان لم يكن الأصل او المتعاقدان قد اختارا القانون المنطبق على علاقة النيابة - على التفصيل المتقدم - تعين البحث عن حل لتنازع القوانين من بين الحلول المختلفة التى استعرضناها فى البحث الثانى من الفصل الأول من هذا الباب •

ومن هذه الحلول ما نرى أن اطراحه لا يحتاج الى طويل تدبر لظهور ضعف الاسانيد التى يقوم عليها أو فسادها ومنها على أية حال ما هو قليل الاتباع فى القانون الدولى الخاص فقها وتطبيقاً ، ومن هذه الحلول التى لمستبعدها : -

١ - اسناد علاقة النيابة الى القانون الشخصى للأصيل : وهو ما قانون جنسيته واما قانون موطنه بحسب ضابط الاسناد المأخوذ فى الاعتبار ، وهذا الحل لا يلتفت فى علاقة النيابة ذات الصبغة الدولية الا الى عنصر واحد من عناصرها المتمدة ويرجح كفة ذلك العنصر الواحد على كفة باقى العناصر وان اجتمع عدد منها فى دولة غير دولة الأصل واثمت بذلك العلاقة الى تلك الدولة أكثر من اتمامها الى دولة الأصل ، فكأن هذا الحل لا يفرق بين علاقة النيابة الوطنية البحتة وعلاقة النيابة ذات الصبغة الدولية بينما قواعد الاسناد يجب أن تقوم على أساس مراعاة الطبيعة الخاصة للعلاقات القانونية الدولية وأن تخضع تلك العلاقات للقانون الإجدر بالانطباق عليها وهو القانون الذى تتركز فى مجال تطبيقه المكانى معظم عناصر العلاقة أو اكبر مجموعة منها •

هذا وإن هذا الحل - وبخاصة إذا أدى الى تطبيق قانون جنسية الأصل - لا يفرق بين العلاقات العقدية وبين العلاقات القانونية المتعلقة بالأحوال الشخصية وقد لمس هذه النقطة أحدث أنصار هذا الحل عهدا وهو الأستاذ بالادورى - باليرى الذى ظهر كتابه سنة ١٩٥٠ ولكنه بدلا من اعتبارها من المآخذ التى ترد على هذا الحل اراد اعتبارها تبريرا له اذ ذهب الى أن مكنة التصرف بطريق النيابة تعتبر بالنسبة الى الأصل من قبيل التوسيع من أهليته القانونية ولما كانت الأهلية خاضعة لقانون جنسية الشخص فكذلك هذه الأهلية الموسعة ينبغي إخضاعها لهذا القانون نفسه (١) وظهر ما فى الحاق امكان اناة الشخص غيره فى التصرف باسمه بالأهلية واعتباره داخلا فى نطاقها من اغفال للطبيعة القانونية الصحيحة للنيابة كنظام مرتبط بالتصرفات القانونية لا بالأهلية فاهلية الأصل لا تعتبر أضيق أو أوسع لكونه قادرا على اناة الغير اذ الأناة لا تمتد الى أكثر من التصرفات الداخلية فى نطاق أهلية الأصل ابتداء (انظر آتيا بند ٢٣) كما أنه يكفى أن نشير الى حالات النيابة القانونية حيث الأصل فاقد الأهلية أو ناقصها لنقتنع بأن الالتجاء الى النيابة فى ابرام التصرفات القانونية ليس بحال من قبيل التوسيع من نطاق أهلية الأصل .

أما تبرير هذا الحل بأنه يقوم على ارادة ضمنية للأصل فلا يستحق الوقوف عنده لكونه افتراضا محضا ، وكذلك تبريره بأنه يتكفل رعاية مصلحة الأصل فهو مردود عليه من وجهين : الأول أن علة ترجيح مصلحة الأصل على غيرها من المصالح التى تجمع بينها علاقة النيابة غير واضحة ، والثانى أن مصلحة الأصل المقصودة فى هذا التبرير هى مصلحة مجردة تصور فيها أن تطبيق قانونه يكون دائما

(١) بالادورى - باليرى : القانون الدولى الخاص ، ١٩٥٠ ص ١٥٢ - ١٥٦ مشعر اليه فى ريجو : المرجع السابق ص ١٢٠ .

أفضل له ينمنا قد يحدث فى العمل أن يكون التمسك بالأحكام الموضوعية لقانون آخر أفضل للأصيل من اعمال أحكام قانونه الوطنى، وبعبارة أخرى أن قواعد الاسناد وهى قواعد لا تحكم موضوع العلاقة بشكل مباشر لا يمكن القطع فى شأنها بأنها فى مصلحة هذا الطرف أو ذاك وانما تكون المفاضلة فى هذا الصدد بين الأحكام الموضوعية وبالنظر الى تطبيقها على كل حالة واقعية على حدتها .

ونخرج من ذلك بأن القانون الشخصى للأصيل لا يصلح لأن يكون هو القانون الأولى بحكم علاقة النيابة دون غيره من القوانين التى تتنازعها ، اللهم الا اذا اتت فى الواقعة المطروح أمرها الاعتباريات الأخرى التى ترجح كفة قانون آخر على أسس موضوعية أهمها تجمع أكثر من عنصر من عناصر العلاقة فى مجال تطبيق قانون وطنى معين .

٢ - اسناد علاقة النيابة الى قانون موطن النائب : هذا الحل كما قدمنا آنفا (بند ١٩٥ رقم ٣) قليل عدد الأنصار وقد نادى به أصحابه على أساس أنه حل توفيقى وسط بين الاسناد الى قانون الأصيل وبين الاسناد الى قانون مكان التعاقد المفروض أنه أيضا مكان موطن الغير وبهذه المثابة يعيب الاسناد الى قانون موطن النائب ما يعيب معظم الحلول التوفيقية التى لا تستند الى مبررات ذاتية بل تتصدى لمجرد الموازنة بين تقيضين .

وموطن النائب لا يمكن فى الواقع اعتباره ضابط اسناد يعتد به وحده فى صدد علاقات النيابة فالنائب وان كان له الدور الأول فى إبرام العقد الا أنه غير ذى شأن بآثاره فتطبيق قانون موطن هذا النائب على علاقة تربط طرفين يقيمان فى بلدين ليس فى أيهما موطن النائب أمر لا يوجد ما يبرره فى الحقائق الموضوعية لعلاقة النيابة ،

خصوصا وأن موطن النائب أمر كثيرا ما تحدده الصدفة ولا يكون ملحوظا لا من الأصل حينما تصدر عنه الانابة ولا من الغير حينما يتعامل مع النائب . ثم ماذا لو كانت التعاقد قد تم بطريق النيابة عن كل من الطرفين واختلف النائبان موطننا ؟ وماذا أيضا لو تغير موطن النائب من وقت الى وقت أثناء قيامه بنشاطه لحساب الأصل خلال فترة طويلة من الزمن ؟

٣ - اسناد علاقة النيابة الى قانون العلاقة الداخلية : هذا الحل - على كثرة القائلين به من الفقهاء - يقوم أساسا على عدم التفرقة بين وجهى النيابة : الوجه الداخلى الذى يربط الأصل بالنائب والوجه الخارجى الذى يربط الأصل بالغير نتيجة لتصرف النائب ولذا فهم يعتبرون هذا الوجه الخارجى الذى يربط الأصل بالغير نتيجة لتصرف النائب مجرد أثر من آثار الوجه الداخلى ، وهو عندهم فى الأغلب الإعم عقد وكالة ، فيخضعون علاقة النيابة للقانون نفسه الذى يسرى على عقد الوكالة .

وأول نقد يوجه الى هذا الاسناد هو أنه اسناد غير مباشر اذ يبقى أن نعرف ما هو القانون المنطبق على العلاقة الداخلية ومعرفته تقتضى أعمال قاعدة اسناد أخرى هى الخاصة بالعقود على فرض أن العلاقة الداخلية عقد .

ثم إن كيان النظرية الحديثة فى النيابة يقوم - كما رأينا - على التفرقة الجوهرية بين الانابة وبين ما قد يرتبط بها من عقد وكالة أو غير ذلك من صور العلاقة الداخلية بين الأصل والنائب ، فاسناد علاقة النيابة الى قانون العلاقة الداخلية يتجاهل النظرية الحديثة للنيابة ويغفل طبيعتها الصحيحة وما تستتبعه تلك الطبيعة وهكذا نرى

أن هذا الحل يطمس معالم النيابة كنظام قانوني متميز له كيانه الخاص وهو دليل على أن اسناد العلاقة القانونية - وكذلك تكييفها - يقتضى الاحاطة التامة بطبيعة تلك العلاقة فى القانون الموضوعى وأن الاسناد الذى يقوم على ادراك ناقص لطبيعة العلاقة المطلوب اسنادها يؤول الى حلول غير سليمة لتنازع القوانين .

وفضلا عن هذا العيب الجوهرى فإن ما يساق تبريرا لهذا الحل من نسبه الى ارادة الاصيل الضمنية أو القول بكفالاته حماية مصلحة الاصيل قد سبق لنا تفنيده بمناسبة مناقشة اسناد علاقة النيابة للقانون الشخصى للاصيل فلا محل للعودة الى بيانه (انظر ما تقدم تحت رقم ١ فى هذا البند) .

٤ - اسناد علاقة النيابة الى قانون العقد الذى يبرمه النائب : هذا هو ثانى الحلول التى تقوم على تجاهل الطبيعة الصحيحة لنظام النيابة فكما أن الحل السابق يلحقها بالملاقة الداخلية كأثر من آثارها (والمقصود بالملاقة الداخلية عقد الوكالة الذى انحصر فيه اهتمام الشراح الباحثين عن حل لتنازع القوانين) فكذلك هذا الحل الثانى يلحق النيابة بالعقد الذى يتم بطريقها وكأنها مجرد شرط أو وصف فى العقد المذكور ومن هنا يتوجه الى هذا الحل النقد الأساسى الذى وجهناه الى الحل السابق .

ومن أنصار هذا الحل الأستاذ باتيغول الذى يذهب الى اخضاع عقد الوكالة فى مجموعه لا علاقة النيابة وحدها لقانون العقد الذى يبرمه الوكيل وذلك بحجة اخضاع أوضاع مترابطة لقانون واحد ، والواقع أنه لا يوجد اعتبار موضوعى واحد يبرر سريان قانون العقد الذى يبرمه الوكيل مع الغير خارج موطن الاصيل - والذى يحتمل أن يكون قانونا أجنبيا - على ما بين الوكيل والموكل من التزامات

متبادلة منشؤها عقد الوكالة ولا شأن للغير بها على الإطلاق ، فلو فرضنا أن وكيلاً عربياً عن موكل عربي تعاقد في الولايات المتحدة مع شخص مقيم بها وانطبق على مضمون هذا العقد القانون الأمريكي بوصفه قانون مكان الانعقاد أو قانون مكان التنفيذ أو بأي وصف آخر فكيف فهم أن ينطبق القانون الأمريكي على ما بين الموكل العربي ووكيله العربي من التزام بتقديم الحساب أو التزام برد المصروفات أو غير ذلك من آثار عقد الوكالة التي تخص الوكيل والموكل دون غيرهما (١) ؟ ثم إن هذا الرأي يفترض أن كل عقد وكالة لا يستهدف إلا إبرام عقد واحد بسببه لا أكثر وأن قانون هذا العقد الوحيد الذي يبرمه الوكيل يسرى كذلك على عقد الوكالة ، والمشاهد في الحياة العملية أن الوكيل يعقد لحساب الموكل وبموجب الوكالة نفسها عدداً من العقود قد لا يتحد مكان انعقادها وقد تتعدد القوانين التي تنطبق عليها فأى هذه القوانين المتعددة يسرى على عقد الوكالة وأين في هذه الصورة التبرير المستند إلى وحدة القانون الذي يسرى على أوضاع مترابطة (٢) ؟ لا شك أن بعد هذا الحل عن الصواب — فضلاً عن فساد أساسه النظري — أمر ظاهر .

(١) قانون الفترة الثانية من المادة الأولى من المشروع المعدل للقانون الموحد بشأن النيابة الذي أعدته المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص وصدر عن المعهد سنة ١٩٧١ ونصها : « ومع ذلك فإن أحكام هذا القانون التي تخص علاقة الأصيل بالنايب لا تنطبق متى كان موطناً أصالهما والتميز في دولة واحدة » - ومؤذى هذا النص أن واصل المشروع ، ولقد اختاروا أن يضمّنوه تنظيماً للعلاقة الداخلية بين الأصيل والنايب ، أرادوا مع ذلك أن تظل تلك العلاقة بين الأصيل ونايب متوطنين في إقليم دولة واحدة محكومة بالقانون الوطني لا بأحكام القانون الموحد التي لا تسرى في مثل تلك الحالة إلا على الوجه الخارجي من علاقة النيابة .

(٢) تنبه الأستاذ باتيلوني إلى هذا الاعتراض فأشار في الطبعة الرابعة من كتاب « القانون الدولي الخاص » بإدخاله ١٩٦٧ ، بند ٦٠٣ حاشية ٤٣ إلى أن انخراط عقد الوكالة للقانون الذي يحكم العقد الذي يبرمه الوكيل لا يحل له متى كان الفروض أن يبرم الوكيل عقوداً عديدة في دول مختلفة .

٢٠٥ — بعد استبعاد الحلول المتقدمة يتبقى لدينا اسناد علاقة

النيابة الى قانون المكان الذى يتعاقد فيه النائب وحجة أصحاب هذا الحل أن تصرف النائب هو حجر الزاوية فى علاقة النيابة لكونه الصلة التى تربط طرفى العلاقة العقدية : الأصل والغير ، فالمكان الذى يتم فيه هذا التصرف يعتبر ضابط اسناد موضوعى يكفى لتبرير اخضاع علاقة النيابة للقانون المنطبق فيه ، ثم ان هذا الحل يتفق واستقرار المعاملات ويكفل أن تشيع الثقة بين المتعاملين عبر حدود الدول المختلفة إذ أن من حق الغير الذى يتعامل مع النائب فى دولة معينة — المفروض انها موطن الغير — أن يطمئن الى أن الآثار التى سترتب على عقده هى تلك التى يحدها قانونه الوطنى والى أن للنائب من السلطات مثل ما للنائب يتعاقد فى الظروف عينها فى إطار هذا القانون الوطنى .

على أنه يجب التنبيه الى أن المكان الذى يتعاقد فيه النائب ليس هو بالضرورة مكان انتمتاد العقد وبخاصة فى العقود بين غائبين فالمقصود بمكان التعاقد هو المكان الذى يباشر فيه النائب نشاطه لحساب الأصل سواء كان هذا النشاط ممتدا فى الزمان على فترة طويلة مما يقتضى أن يتخذ النائب مقرا لأعماله فى مكان معين أو كان نشاطا عرضيا يقتصر على إبرام عقد واحد بالذات فالمقصود بمكان التعاقد فى الحالتين هو المكان الذى يصدر فيه عن النائب التعبير عن ارادته وهو تحديد موضوعى من السهل على المتعاملين مع النائب وعلى الأصل أيضا أن يتعرفوا عليه وأن يحيطوا علما بالقانون المنطبق فيه .

وهذا الحل يتجنب الاعتراضات التى ترد على الحلول الأخرى ويقترب أكثر منها مما تقتضيه الطبيعة المتميزة لعلاقات النيابة فى مجال الائتماد ، على أننا نرى أن الاعتداد بالمكان الذى تصرف فيه النائب لا يكفى وحده للقول بتركز علاقة النيابة فى بعض الصور فى هذا

المكان وذلك كما لو تصرف النائب فى بلد ليس هو البلد الذى به مقر أعماله وليس هو البلد الذى به موطن أى من الطرفين ، فلا بد إذن من أن ينضم الى مكان تصرف النائب ضابط آخر ليكون من شأن اجتماعهما القول بأن مركز الثقل فى علاقة النيابة كائن فى مكان معين وإمكان اسناد العلاقة الى قانون هذا المكان بوصفه القانون الذى تربطه بالعلاقة روابط أمتن مما يربط بينها وبين أى قانون آخر .

ولتوضيح ذلك نأخذ مثالا غير نادر الوقوع فى العمل هو مثال النائب الذى يحترف النيابة عن الغير ويكون له مقر فى إحدى المدن المتخصصة فى خدمات التجارة الدولية كبيروت أو جنيف فلو تعاقد مثل هذا النائب باسم أصيل متوطن فى القاهرة مع رجل أعمال انجليزى أثناء مرور هذا الأخير بالمدينة التى بها مقر النائب فهل يكفى المكان الذى تصرف فيه النائب (بيروت أو جنيف فى مثالنا) كضابط اسناد لعلاقة النيابة الى القانون اللبنانى أو القانون السويسرى بينما أن تلك العلاقة تربط طرفين لا صلة لأيهما بالقانون اللبنانى أو بالقانون السويسرى الا الصلة العرضية المتمثلة فى وجود مقر نائبه فى إحدى هاتين الدولتين ؟ لاشك أن الاسناد الى قانون المكان الذى تصرف فيه النائب يبدو فى مثل هذه الصورة اسنادا مفتقرا الى أساس سليم يبرر ادخال العلاقة فى مجال ذلك القانون وهذا هو ما نعينه بضرورة انضمام ضابط اسناد آخر الى ضابط المكان الذى تصرف فيه النائب لإمكان الاسناد الى قانون ذلك المكان اسنادا سليما وهذا الضابط الآخر هو فى رأينا وجود موطن أحد الطرفين (الغير أو الأصيل) فى المكان نفسه الذى تصرف فيه النائب فتوافق مكان التعاقد مع موطن أحد الطرفين كاف لترجيح جهة قانون ذلك المكان اذ يجتمع فيه من عناصر علاقة النيابة أكثر مما يجتمع فى أى مكان آخر مما يسمح

بالقول بأن علاقة النيابة تنتمي الى مجال القانون الوطنى المنطبق فى ذلك المكان .

أما اذا تخلف هذا التوافق بين مكان تصرف النائب وبين موطن أحد الطرفين فلا يبقى لدينا - والحال أن المكان الذى تصرف فيه النائب لا يكفى وحده ضابطا للاسناد - الا الخيار بين قانون موطن الأصل وبين قانون موطن الغير الذى تعاقد مع النائب وهما الطرفان اللذان ربط بينهما التصرف الذى تولاه النائب باسم الأصل ، وبين هذين القانونين نرى أن قانون موطن الأصل هو الأولى بالتطبيق لا على أساس الخلط بين علاقة النيابة وبين العلاقة الداخلية ولا لمجرد حياطة مصلحة الأصل بالأفضلية على مصلحة الغير وانما لاعتبار متعلق بطبيعة علاقة النيابة فشخص الأصل هو نقطة البداية فى هذه العلاقة والانابة الصادرة عنه هى التى مكنت لتصرف النائب من أحداث آثار قانونية تمس الأصل والغير الذى تعاقد معه النائب معا ومتى افترقت الواقعة المطروحة الى ضوابط اسناد أخرى كان موطن الأصل الذى صدرت عنه الانابة هو ضابط الاسناد الذى يبدو فى النهاية أنه الأولى بتحديد القانون واجب التطبيق على علاقة النيابة (١) .

٢٠٦ أما علاقات النيابة الظاهرة والنيابة المستمدة من وضع يشغله النائب بالنسبة للأصل فإن حيزها المكاني - وبالتالي القانون المنطبق عليها - سهل التحديد إذ هو يتحدد بالمكان الذى تجلت فيه المظاهر الموحية للغير بوجود الانابة أو المكان الذى يشغل فيه النائب الوضع الذى ترتب عليه النيابة فقانون هذا المكان هو الذى

(١) قانون فى اسناد عقد البيع للادة ٤٥ من المشروع التمهيدى للقانون الفرنسى (١) والنسبة للنسبة بالنسبة بالشكل الذى صدر به () وهو تسند عقد البيع أساسا الى قانون موطن البائع على اعتبار أن شخص البائع هو نقطة البداية فى علاقة البيع وحوله تتركز تلك العلاقة . وحده للادة متفرقة من المشروع الذى أعدته جماعة القانون الدولى فى مؤتمرها الثالث والرابعين للنسبة فى فيينا سنة ١٩٦٦ .

يحكم انصراف آثار تصرف النائب الى الأصيل رأسا وهو الذى يحدد مدى نيابة النائب (١) . ويوجد بالنسبة للنيابة المستمدة من وضع يشغله النائب استثناء واحدا تجمع عليه قوانين كل الدول هو نيابة ريان السفينة عن المجهز والشاحنين فقانون الدولة التى ترفع السفينة عليها هو الذى يسرى على نيابة الريان فيحدد آثارها ويرسم مداها (٢) .

٢٠٧ - وأخيرا فان قاعدة اسناد علاقات النيابة الاختيارية يمكن أن يصوغها كما يأتى :

« يسرى على علاقات النيابة الاختيارية (الاتفاقية) القانون الذى يختاره الأصيل فى الانابة الصادرة عنه أو القانون الذى يحدده الأصيل لنائبه ويعلم به الغير المتعاقد مع النائب ، والا فالقانون الذى يحدده النائب والغير فى العقد الذى يبرماته ، والا فقانون المكان الذى تصرف فيه النائب اذا توافق هذا المكان مع موطن أحد الطرفين (الغير المتعاقد مع النائب أو الأصيل) والا فقانون موطن الأصيل . »

(١) يطبق القضاء الفرنسى حكم المادة ٢٢٠ مدنى فرنسى على الزوج الأجنبى بالنسبة لما تبرمه زوجته فى فرنسا من عقود معتمدة بشئون منزل الزوجية . انظر باتيفول : القانون الدول الخاص ، الطبعة الرابعة . باريس ١٩٦٧ . بند ٤٣٧ والأحكام للقضاء اليها لمة . وهذا القضاء يتفق وما جاء يثلث من انخضاع علاقات النيابة للقرينة على وضع يشغله النائب بالنسبة للأصيل الى قانون المكان الذى يشغل فيه النائب ذلك الوضع ، على أن يحس الأحكام الفرنسية قد جارت التكيف الشكل البحت لهذه العلاقة بأنها أثر من آثار الزواج بالنظر الى موضع المادة ٢٢٠ من المجموعة للمدعية ، فاحتاجت لذلك الى استبعاد تطبيق القانون الأجنبى حمية للغير حسن النية ، ولا صعوبة أصلا فى مثل هذا الوضع متى كلفنا العلاقة على أنها علاقة نيابة وأجرينى عليها حكم قاعدة الاسناد الخاصة بعلاقات-النيابة المترتبة على وضع يشغله النائب فانضمنا العلاقة بذلك مباشرة الى قانون المكان الذى شغل فيه النائب ذلك الوضع . انظر حكم محكمة السين الابتدائية الصادر فى ١٢ يونيو ١٩٦٣ فى قضية شركة جان ديسبى ضد لذلك السابق فاروق والسيدة نازيمان صادق وللشار اليه ألفا بند ٨٩ مكرر .

(٢) انظر رابيل ج ص ١٥٠ - ١٥٢ .

ويسرى على علاقات النيابة الظاهرة أو النيابة المستمدة من وضع يشغله النائب قانون المكان الذى تجلت فيه المظاهر الموحية بوجود النيابة أو الذى يشغل فيه النائب الوضع الذى ترتب عليه النيابة ، ومع ذلك فإن نيابة الربان عن المجهز والشاحنين يسرى عليها قانون الدولة التى ترفع السفينة علمها » •

٢٠٨ - وبالنسبة للنيابة الاختيارية اتفقت الدول أعضاء مؤتمر لاهاى للقانون الدولى الخاص ، ومن بينها مصر ، على توحيد قواعد تنازع القوانين بشأنها اذ أقر المؤتمر فى دورته الثالثة عشرة سنة ١٩٧٧ « اتفاقية بشأن القانون واجب التطبيق على النيابة » وهى السابعة والعشرون من اتفاقيات لاهاى (١) •

وبالرغم مما فى صيغة عنوان الاتفاقية من صفة العموم فإن نطاقها لا يشمل الا النيابة الاختيارية وذلك بصريح نص المادة الثانية التى تخرج من نطاق الاتفاقية الأوضاع الآتية :

— النيابة القانونية فى نطاق قانون الأسرة والنظم المالية للزواج أو فيما يتصل بالمواريث •

— النيابة الناشئة عن حكم قضائى أو قرار شبه قضائى أو التى تخضع للإشراف المباشر لسلطة قضائية أو شبه قضائية •

— النيابة عن الخصوم أمام القضاء أو الهيئات شبه القضائية •

— نيابة الربان عن مالك السفينة والشاحنين التى ترتب له على تلك الصفة •

(١) أنظر نص الاتفاقية باللغتين الإنجليزية والفرنسية من *Conférence de La Haye de droit international privé, Recueil des conventions (1951-1977)*, pp. 252- 263.

وحى مثول هذا الكتاب للطبع لم يكن قد تم التصديق على هذه الاتفاقية من جانب أية دولة من الدول الأعضاء فى مؤتمر لاهاى •

فكأن المادة الثانية لم تنص فقط على اخراج حالات النيابة القانونية بالمعنى الضيق بل أخرجت من نطاق الاتفاقية أيضا بعض حالات النيابة المترتبة على وضع يشغل النائب بالنسبة للأصل (انظر آفا البندين ٩٢ ، ٩٣) مثل نيابة الزوجة عن زوجها فى شئون منزل الزوجية و نيابة ربان السفينة عن مالكيها ومالكى البضاعة المسحونة عليها .

كذلك فإن المادة الثالثة تستثنى من أحكام الاتفاقية حالة عضو الاتفاقية ، وهذا يتفق والرأى الراجح فى الفقه من عدم اعتبار المعضو نائباً (راجع آفا البند ٩٧) كما تستثنى المادة الثالثة من نطاق الاتفاقية حالة الأمانة على المؤسسات التى يعرفها القانونان الانجليزى والأمريكى باسم trust اذ لا تعتبرهم نوابا لا عن المؤسسة ولا عن منشئها ولا عن المستحقين .

٢٠٩ - ومع كون الاتفاقية مقتصرة التطبيق على حالات النيابة الاختيارية دون سواها فإن المادة الأولى تسوى بين حالة تعامل النائب باسم الأصل وحالة تعامله باسمه هو شخصيا فتخضع الحالة الثانية أيضا لأحكام الاتفاقية . وقد أشارت الأعمال التحضيرية الى أن القانون الأنجلو - أمريكى يعرف نظام الأصل المستمر ويعتبر تطبيقاته من صميم حالات النيابة (وكذلك تفعل الشريعة الاسلامية ، راجع آفا البند ١٥٤) ولذلك كان لابد أن تسع أحكام الاتفاقية لهذه الحالات ان كان يراد لها أن تكتسب صفة الشمول وأن تبتناها الدول التى تنتمى نظمها القانونية الى القانون الانجليزى ، وتضيف الأعمال التحضيرية أن ادخال حالات تعامل النائب باسمه هو فى نطاق الاتفاقية من شأنه أن يخضع لأحكامها حالات الوكالة بالتمولة فى قوانين الدول

ذات النظم القانونية اللاتينية (١) • وواضح أن الوكيل بالعمولة في تلك القوانين وكيل غير نائب اللهم الا في الحالة التي يستوى فيها لدى الغير أن يتعاقد مع الموكل أو مع الوكيل بالعمولة (قارن المادة ١٠٦ مدني مصري وراجع آقا البند ١٤١ وما بعده) ومع ذلك فإن ادخال الوكالة بالعمولة في نطاق الاتفاقية له ما يبرره من حيث أن الاتفاقية لا تقتصر على توحيد قواعد الاسناد بشأن النيابة بالمفهوم الذي حددناه آقا في البند ١٨٨ بل تتعرض كذلك في الفصل الثاني منها (المواد ه الى ١٠) الى علاقة النائب بالأصيل فتوحد قواعد الاسناد بشأنها كذلك ، وواضح أنه بالنسبة لتلك العلاقة الداخلية تستوى الوكالة المقررة نيابة والوكالة التي لا نيابة فيها •

٢١٠ - ولا تعرض هنا لاحكام اتفاقية لاهاي الجديدة بشأن تنازع القوانين حول العلاقة الداخلية بين النائب والأصيل التزاما منا بمفهوم علاقة النيابة الذي حددناه في مطلع هذا الباب وقلنا على أساسه ان بحثنا يقتصر على تنازع القوانين حول اضافة آثار تصرف النائب الى الأصيل وما يتصل بذلك من تحديد مدى نيابة النائب وهما أمران يخصان الوجه الخارجى لعلاقة النيابة دون الوجه الداخلى منها الذى يحكم علاقة النائب بالأصيل • والظاهر من الأعمال التحضيرية وكذلك من الغرض الذى كانت تستهدفه الدول من هذه الاتفاقية الجديدة أن المقصود بتطبيق أحكامها بالدرجة الأولى حالات النيابة في التجارة الدولية وحالات التعامل عبر حدود الدول بصفة مستمرة غير عرضية ، ولمحترفى الوكالة والوساطة فى هذين المجالين دور هام فى التبادل الدولى ولهم مصالح تحميها تشريعات بعض الدول على وجه غير موحد ، لذلك رأى واضعو الاتفاقية توحيد قواعد التنازع فيما

Conférence de La Haye de droit international privé, *Intermédiaires*, (١)
Doc. préf., No. 5, Mai 1975, p. 9.

يتصل بالعلاقة الداخلية بين النائب والأصيل أو بين الوكيل والموكل وأن لم تكن ثمة نيابة . أما نحن فالتزاما منا بخطة البحث التي رسمناها تتجاوز هنا عن أحكام الفصل الثاني من الاتفاقية الذي يتناول قواعد الاسناد فيما يتعلق بعلاقة النائب بالأصيل وتنتقل الى الفصل الثالث الذي يوحد قواعد اسناد علاقة النيابة بالمفهوم الذي حددناه .

٢١١ - تسند اتفاقية لاهاي الجديدة الوجه الخارجي من علاقة النيابة الى قانون الارادة أولا ، ثم الى قانون الدولة التي تصرف فيها النائب اذا تخلف قانون الارادة وأخيرا الى قانون الدولة التي بها مقر أعمال النائب المهنية اذا لم ينطبق قانون الدولة التي تصرف فيها النائب ، وذلك كله على التفصيل الآتي : -

قانون الارادة : تنص المادة ١٤ على أنه اذا حدد الأصيل او الغير المتعاقد مع النائب القانون واجب التطبيق على علاقة النيابة وكان ذلك التحديد بالكتابة وقبله الطرف الآخر صراحة فان ذلك القانون هو الذي ينطبق على علاقة النيابة .

ويلاحظ تشدد الاتفاقية في تطلب تحديد القانون واجب التطبيق بالكتابة وفي تطلب كون قبول الطرف الآخر (الغير اذا كان الأصيل هو الذي اختار قانون الارادة كتابة والأصيل اذا كان الغير هو الذي اختاره كتابة) قبولاً صريحاً لا ضمناً وهذا التشدد بالنسبة لتحديد قانون الارادة الذي يحكم العلاقة الخارجية للنيابة يقابله التساهل في تحديد قانون الارادة الذي يحكم العلاقة الداخلية بين النائب والأصيل اذ تنص المادة الخامسة على أن القانون الذي يختاره الأصيل والنائب هو الذي يحكم علاقتهما وأن ذلك الاختيار قد يكون صريحاً وقد يستخلص استخلاصاً معقولاً من أحكام اتفاقهما أو من ظروف الحال .

كما يلاحظ أن الاتفاقية لا تجعل للنائب شأناً في تحديد قانون

الارادة وهي في ذلك تمشى وما هو مقرر قتها وقضاء . ومع ذلك فان هنالك حجبا قوية يمكن أن تساق تبريرا للاعتداد بقانون الارادة الذى يختاره النائب ويعلم به الغير المتعاقد معه (راجع آتفصا البند ٢٠٣) .

قانون المكان الذى يتصرف فيه النائب : اذا تخلف قانون الارادة فان المادة ١١ من الاتفاقية تنص على تطبيق قانون الدولة التى تصرف فيها النائب شريطة أن ينضم ضابط اسناد آخر الى ضابط المكان الذى يتصرف فيه النائب وضابط الاسناد الآخر المذكور هو أحد العوامل الآتية :-

١ - أن تكون الدولة التى تصرف فيها النائب هى الدولة التى بها مقر أعمال الأصيل أو محل اقامته المعتاد ان لم يكن له مقر أعمال ، وذلك متى كان تعاقد النائب باسم الأصيل .

٢ - أن تكون الدولة التى تصرف فيها النائب هى الدولة التى بها مقر أعمال الغير المتعاقد مع النائب أو محل اقامته المعتاد ان لم يكن له مقر أعمال .

٣ - أن يكون النائب قد تعامل فى بورصة أو بالمزاد العلنى .
وواضح أن الاتفاقية قد اعتبرت أن انضمام أحد الضوابط الثلاثة السابقة الى ضابط المكان الذى تصرف فيه النائب من شأنه أن يوجد صلة قوية بين ذلك المكان وبين علاقة النيابة بحيث يمكن القول بأن مركز الثقل فى تلك العلاقة يقع فى ذلك المكان مما يبرر اسناد العلاقة الى قانونه (راجع آتفا البند ٢٠٥) .

وتضيف المادة ١١ حالة أخرى ينطبق فيها قانون الدولة التى تصرف فيها النائب ولو لم يوجد فى الواقعة ضابط اسناد آخر وتلك هى حالة عدم وجود مقر أعمال مهنية للنائب أى حالة النائب

غير المحترف ، وبذلك نصل الى الاسناد الثالث الذي تنص عليه المادة ١١ وهو الاسناد الى :

قانون المكان الذى به مقر أعمال النائب المهنية : وينطبق هذا القانون اذا لم يكن الأصيل أو الغير قد اختار تطبيق قانون معين وقبل الآخر هذا الاختيار طبقا للمادة ١٤ ، ثم لم يكن النائب قد تصرف فى دولة بها مقر أعمال أحد طرفى العقد أو محل اقامته المعتاد ولم يكن تعامله فى بورصة أو بطريق المزاد العلنى ، ففى حالة تخلف قانون الارادة ثم تخلف تطبيق قانون الدولة التى تصرف فيها النائب تتجلى الأهمية الكبيرة التى تملقها اتفاقية لاهائى على الدور الذى يقوم به فى المعاملات عبر حدود الدول محترفو النيابة مثل الوكلاء التجاريين وغيرهم من الوسطاء فى التجارة الدولية الذين يتخذون لنشاطهم المهنى مقارا ثابتة (أو بتعبير الاتفاقية *établissement professionnel*) فمثل هذا المقر معلوم للأصيل والغير المتعاقد مع النائب بحيث يتسنى لهما معرفة القانون المنطبق فيه والذى سيحكم علاقة النيابة التى يكون نشاط النائب المحترف حجر الزاوية فى انشائها (١) ، ولهذا الاعتبار تبسند الاتفاقية علاقة النيابة الى قانون الدولة التى بها المقر المهنى للنائب إذا لم يكن طرفا العقد قد اختارا تطبيق قانون آخر معين ثم اذا تبذر بعد ذلك تطبيق قانون الدولة التى تصرف فيها النائب لعدم انضمام ضابط اسناد آخر الى ذلك الضابط الأول حالة كون النائب من محترفى النيابة عن المتعاقدين فى المعاملات عبر حدود الدول .

وواضح مما تقدم أن تطبيق قانون الدولة التى بها المقر المهنى للنائب يقتصر على الحالات التى يكون فيها هذا الأخير من محترفى النيابة ، أما الحالات التى لا يكون فيها النائب محترفا فلا تنص

(١) اذا كان للنائب المحترف أكثر من مقر مهنى فإن المادة ١١ تنص على الاعتماد بذلك المقر الذى يكون أولق صلة بصرفاته التى يعود تنازع القوانين بمنسبها .

الاتفاقية إلا على اسنادين هما الاسناد الى قانون الارادة ثم الاسناد الى قانون الدولة التي تصرف فيها النائب غير المحترف بغير حاجة الى أن ينضم ضابط اسناد ثان الى ضابط المكان الذي يتصرف فيه مثل ذلك النائب .

٢١٢ - وبالنسبة لتطبيق قانون المكان الذي تصرف فيه النائب قد تثور صعوبة في تحديده في حالة التعاقد بين غائبين مع اختلاف القوانين الوطنية في تحديد مكان الانعقاد الحكمي للمقعد بين الغائبين ، وقد واجهت اتفاقية لاهاي هذه الصعوبة في المادة ١٣ منها التي تنص على أنه في الحالة التي يكون فيها اتصال النائب مع الغير المتعاقد الموجود في دولة أخرى بطريق البريد أو البرق أو المبرقة المكتوبة « التلكس » أو الهاتف أو بوسيلة أخرى مشابهة فإن النائب يعتبر أنه قد تصرف في المكان الذي به مقر أعماله المهنية أو به محل اقامته المعتاد ان لم يكن له مقر مهني .

٢١٣ - وأخيرا فإن اتفاقية لاهاي تخضع مسؤولية النائب قبل الغير عن تجاوزه حدود نيابته أو عن تعاقد من غير صفة له في النيابة عن الأصل ، الى القانون نفسه المنطبق على علاقة النيابة طبقا للاحكام السابقة التي تضمنتها الاتفاقية (المادة ١٥) .

خاتمة

لعل في الصفحات المتقدمة ما أثار للقارئ سبيل النظرية العامة للنيابة في التصرف القانوني مستخلصة من تطبيقاتها المتعددة في القانون المدني ومتميزة في الوقت عينه بقواعدها العامة عن القواعد الخاصة التي تحكم كلا من تلك التطبيقات على أفراد .

وقد حاولنا خلال دراستنا السابقة أن نبرز ما للنظرية العامة للنيابة من أهمية بالغة في نطاق القانون المدني وهي أهمية لا تقتصر على التطبيقات التقليدية للنيابة وإنما تنبسط - أعمالاً للقواعد العامة في النيابة - على كل وضع نجد فيه تصرفاً قانونياً ترجع آثاره مباشرة إلى شخص لم يشترك في إبرامه مع بقاء مبرم التصرف بمنجاة من تلك الآثار .

وهذه الأهمية التي تزداد على الزمن تبعاً لاطراد تعقد الحياة الحديثة وتشابك علاقات الأفراد في المجتمع الواحد وعبر حدود الدول، من شأنها أن تربنا في النيابة شيئاً أكبر من مجرد وصف يعرض للتصرف القانوني كما تعرض له الأوصاف المعروفة ، فالواقع أن النيابة ليست مجرد عنصر عرضي في التصرف القانوني وإنما هي عنصر أصيل فيه .

ذلك أن التصرف القانونى - وهو الثوب الذى يظهر فيه فى الحياة القانونية الجانب الأكبر من روابط الأفراد فى المجتمع - انما يعتقد بطريقتين : طريق الأصالة وطريق النيابة ، ومن تقرير الواقع المأموس أن يقال ان الطريق الثانى - طريق النيابة - لم يعد فى العصر الحديث الطريق الاستثنائى القليل طاقوه وانما هو يضارع فى الأهمية العملية الطريق الأصل لانعقاد التصرف القانونى بحيث يتعين أن نرى فى النيابة صورة من صورتى انعقاد التصرف القانونى لا مجرد عنصر يعرض للقليل من التصرفات القانونية •

ولقد اتهمنا من دراستنا التحليلية للارادة التعاقدية فى التصرفات انحصار بطريق النيابة الى القول بنسبة تلك الارادة الى النائب دون الأصل وخرجنا من ذلك - فى ختام الباب الثانى من الكتاب الأول - الى تفسير لطبيعة النيابة ببناءه على الوظيفة الاجتماعية للتصرف القانونى وقد استمع هذا التفسير لطبيعة النيابة اعتبارها نظاما خاصا مستقلا عن سائر النظم المدنية التى حاول البعض ادخالها ضمن بعضها ولهذا النظام الخاص على هذا الوضع أحكامه الخاصة به وهى التى تناولناها فى الكتاب الثانى من هذا المؤلف •

وعندنا أن كثيرا من الخلاف الذى كان - ولا يزال - محتدما حول الطبيعة القانونية للنيابة ، وكثيرا من النظريات المختلفة التى ظهرت لتفسير تلك الطبيعة انما يرجع الى التأثير البالغ الذى لنظرية الالتزام على التفكير القانونى قديما وحديثا • فالنظرية العامة للالتزام هى عند الغالبية العظمى من الفقهاء قطب الرحى فى القانون المدنى وهى المحور الذى تدور حوله - وتستمد منه - كل المبادئ المدنية العامة •

والنيابة فى التصرف القانونى منظورا اليها من زاوية الالتزام حرية أن تثير - كما أثارت فعلا - كثيرا من المشكلات يمكن ردها

ضموما الى ما فى ارتباط شخص بارادة غيره من شذوذ فى منطق نظرية الالتزام الذى مؤداه أن التصرف القانونى كمصدر للالتزام لا يصيب بأثره ذاك الا شخص المتصرف دون سواه .

ولقد كان من أثر تسلط نظرية الالتزام على الأدب القانونى أن ظهرت تلك المحاولات التى استهدفت تفسير طبيعة النيابة على صورة لا تخرق منطق قواعد النظرية العامة للالتزام ، وذلك كالنظرية التى تنسب الارادة التعاقدية فى التصرف الحاصل بطريق النيابة الى الأصل دين النائب حتى لا يكون فى التزام الأصل بأثار ذلك التصرف حرج ، وكنظرية الافتراض التى مؤداه نسبة الارادة التعاقدية آخر الأمر الى الأصل ، ثم نظرية اشتراك الارادتين على تعدد صورها التى ترمى جميعا الى تقرير نصيب للأصل فى الارادة التعاقدية - قل أو كثر - وذلك حتى يسوغ فى منطق نظرية الالتزام أن يرتبط الأصل بنتائج ذلك التصرف - وقد تناولنا كلا من هذه النظريات المختلفة بالبحث الدقيق واتهمنا الى عدم التسليم بها لما فصلناه فى مكانه من مواضع النقص والقصور الذى لم تسلم منه تلك النظريات . لهذا رأينا أن ننظر الى النيابة من زاوية أخرى غير زاوية الالتزام ففرضنا لها من ناحية الوظيفة التى للتصرف القانونى فى المجتمع ، تلك الوظيفة التى تتمثل فى اسباغ حماية القانون على معاملات الأفراد التى يستهدفون بها بلوغ أغراض اقتصادية أو اجتماعية هى النتائج المقصودة لما يرمونه من تصرفات قانونية . والتصرف القانونى على هذا الوجه يبدو مجرد أداة يتوصل بها الأفراد الى تحقيق غايات اقتصادية واجتماعية معينة ، وهذه الأداة لا يمتنع عقلا ومنطقا أن تحقق تلك الغايات فى شخص غير صاحبها كما تحققها فى شخص من صدرت عنه الارادة المنشئة للتصرف القانونى .

وهكذا فإن منطق النظرية العامة للتصرف القانوني يسبغ ميذا
النيابة كما لا يسبغه منطق النظرية العامة للالتزام — ولا غرو فإن
الالتزام ، تلك الرابطة القانونية *vinculum juris* بين شخصين ،
لا يسهل تصويره الا فيما بين منشيئه ، أما التصرف القانوني بوصفه
وسيلة الى غاية عملية فليس ما يمنع من تحقيقه تلك الغاية لشخص لم
يكن هو صاحب الارادة التى يقوم عليها التصرف وذلك متى أراد
صاحب الشأن هذا الوضع ، وهو ما نراه فى النيابة الاتفاقية ، أو
اقتضته مصلحة جديرة بحماية القانون كما هو الأمر فى حالات النيابة
اتقانونية .

وجدير بالذكر أن النظرية العامة للتصرف القانوني التى
استهديناها فى تفسير طبيعة النيابة ، قد أخذت تشغل من اهتمام الفقهاء
جزا مازال مطرد النمو منذ أن أفرد المشرع الألماني لتلك النظرية
المواد ١٦٤ وما بعدها من تقنيته المدنى وقد كان هذا الاهتمام بنظرية
التصرف القانوني من أهم أسباب ما تعرضت له نظرية الالتزام التقليدية
من أزمة قد تفقدها مكان الصدارة الذى تتمتع به بين النظم المدنية
وهى الأزمة التى لم يفت الفقه تسجيلها وتحرى بواعثها (١) .

ولئن كان اعمال قاعدة النيابة بصرف آثار التصرف من النائب
الذى أبرمه الى الأصيل الذى لم يشترك فى ابرامه وليد ارادة هذا
الأخير أحيانا وهو ما اصطلح على تسميته بالنيابة الاتفاقية أو تصادفا
لحكم القانون الوضعى أحيانا أخرى وهو ما يتمثل فى النيابة القانونية،
فإن بين نوعى النيابة هذين جامعة متينة اذ تحكمهما ذات القواعد
العامة — فيما عدا ما تعلق بمصدر صفة النائب — وفى هذا يتجلى
ما تتصف به النظرية العامة للنيابة من وحدة قوية وتماسك فنى ، وهو

١٦٠ / انظر — محمود أبو عافية : التصرف القانوني المجرد ص ٣٠٠ - ٣٠٢ والمراجع
المذكورة ص ٥ .

ما نظن أننا أبرزناه في دراستنا لها إذ بسطنا ما استعرضناه من أحكامها وما سسقناه من شرح لطبيعتها على نوعي النيابة جميعا لا فرق بين اختيارية (اتفاقية) وضرورية (قانونية) .

وبذلك يسوغ أن نقول بأن وحدة النظرية العامة للنياية هي من النتائج التي يصح استخلاصها من بحثنا وأن في هذه الوحدة دليلا جديدا على وجوب تمييز نظام النيابة بصفة عامة عن تطبيقاته المختلفة في القانون .

وقد بان من عرضنا لكيفية استمداد النائب الاتفاقي صفة النيابة عن الأصل أن تلك الصفة تسبغ عليه بمقتضى الانابة الصادرة عن اراده الأصل ووضح لنا بذلك أن الانابة تصرف قانوني متميز عما تصدر بناسبته من رابطة قانونية سابقة بين النائب والأصل . بل هي قد تصدر غير مستندة الى أية رابطة سابقة فهي بذاتها تصرف قانوني يقوم على ارادة الأصل المنفردة ويرمى الى تخويل النائب صفة ابرام تصرفات تقع آثارها لدى الأصل رأسا .

وقد استبج هذا التكيف للانابة التمييز بين « مكنة » النائب في ابرام تصرف يلزم الأصل - وهذا هو أثر الانابة - وبين « التزام » الوكيل باجراء عمل معين لحساب الموكل - وهذا هو أثر الوكالة التي هي في العمل أكثر الروابط التي تصدر بناسبته الانابة ذيوعا .

وإذا كان الأصل أن ولاية الشخص قاصرة على مجاله القانوني الخاص فلا يكون لتصرفه أثر الا فيما يمس ، فان النيابة يصح أن توصف بأنها ولاية متعدية لشخص يسمى النائب على شخص يسمى الأصل يستمدها الأول اما من ارادة الثاني واما من القانون ومؤداها يقع آثار تصرف الأول في ذمة الثاني رأسا وعلى وجه الاقتصار .

وكما أدت دراستنا للنياية الى تأكيد وحدة ذلك النظام القانوني في مختلف تطبيقاته في كل قانون وطني على حدة ، فان المقارنة التي

عمدنا اليها طوال هذه الدراسة بين القوانين الوضعية المختلفة المنتمية الى نظم قانونية متباينة قد أكدت بدورها أن النظرية العامة للنياية وحدها تتنظم قوانين وطنية لا رابطة تاريخية بينها كالقانون المصرى والقوانين العربية المأخوذة عنه من جهة وكالقانون الانجليزى والقانون الأمريكى من جهة ثانية وكالشرعة الاسلامية من جهة ثالثة ، فنظام النياية فى كل تلك القوانين - مروراً بالقوانين الوطنية التى لم نذكرها هنا كالقانون الفرنسى والقانون الألمانى والقانون الايطالى - يتسم بوحدة فى كليات مبادئه بحيث يصح القول بأن فى القانون المقارن نظرية عامة واحدة للنياية وإن اختلفت التشريعات المتعددة فى بعض القواعد التفصيلية التى لا يمس الاختلاف فيها بجوهر وحدة نظام النياية فى جميعها .

والنظام الذى عرفناه وحددنا طبيعته القانونية على النحو المتقدم استمرضنا أحكامه العامة من حيث نشأته ومداه وأثره وانقضاؤه ثم خصصنا باباً لتنزع القوانين بشأته اتهمنا منه الى اقتراح قاعدة اسناد لكل من النياية الضرورية (القانونية) والنياية الاختيارية (الاتفاقية) راعينا فيها خصائص النياية كنظام متميز قائم بنفسه وتوخينا أن تتسع قاعدة الاسناد لكل صور تتجاوز علاقة النياية فى المكان لحدود الدولة الواحدة .

وبعد فهذه هى النتائج العامة التى يصح استخلاصها من بحثنا فى النياية والتى تأمل أن تكون قد أبرزت مقومات نظام النياية وحددت معالها ورسمت خطوطه الرئيسية ووضعت فى موضعه بين النظم المدنية ، وبميد عنا الزعم بأن دراستنا هذه هى فصل الخطاب فى النظرية العامة للنياية ، فما العلم الا سلسلة متصلة الحلقات اذا كان قد قدر لنا أن نضيف اليها بهذا الكتاب حلقة صغيرة كان ذلك عندنا جزءاً عادلاً لما اقتضاه هذا العمل من وقت وجهد .

ملحق
بالنصوص العامة المتعلقة
في مختلف التقنيات

١ - القانون العنى المصرى :

مادة ١٠٤ - اذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصل هو محل الاعتياز عند النظر فى عيوب الارادة ، أو فى اثر العلم ببعض الظروف الخاصة ، أو اغراض العلم بها حتما .

ومع ذلك اذا كان النائب وكىلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو ، أو كان من المفروض حتما أن يعلمها .

مادة ١٠٥ - اذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقدا باسم الأصل ، فان ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف الى الأصل .

مادة ١٠٦ - اذا لم يعلن الماقد وقت إبرام العقد أنه يتماقد بصفته نائبا ، فان اثر العقد لا يضاف الى الأصل دائئا أو مدينا « الا اذا كان من المفروض حتما أن من تماقد معه النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصل أو النائب .

مادة ١٠٧ - اذا كان النائب ومن تماقد معه يجهلان معا وقت العقد انتضاء النيابة فان اثر العقد الذى يبرمه ، حقا كان أو التزاما ، يضاف الى الأصل أو خلفائه .

مادة ١٠٨ - لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ،
سواء كان التعاقد لحسابه أم لحساب شخص آخر ، دون
ترخيص من الأصل . على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة
أن يجيز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى
به القانون أو قواعد التجارة .

٢ - القانون المدني الألماني

Code Civil Allemand (1)

Art. 164. — La déclaration de volonté qui est passée par
quelqu'un, en vertu des pouvoirs qui lui ont été conférés, au
nom de la personne qu'il représente, a effet directement pour
et contre le représenté. Il n'y a pas lieu de distinguer si cette
déclaration a été faite expressément au nom du représenté ou
si les circonstances indiquaient qu'elle devait être faite en son
nom.

Si l'intention d'agir au nom d'autrui ne ressort pas nette-
ment, on ne prend pas en considération le manque d'intention
d'agir en son propre nom.

Il y a lieu d'appliquer les dispositions de l'alinéa premier
lorsque la déclaration de volonté, qui devait être faite à une
personne, l'est à son représentant.

Il y a lieu d'appliquer les dispositions de l'alinéa premier
lorsque la déclaration de volonté, qui devait être faite à une
personne, l'est à son représentant.

Art. 166. — Lorsque les effets juridiques d'une déclara-
tion de volonté sont viciés par les vices du consentement ou par
la connaissance ou l'ignorance fautive de certains faits, il faut
prendre en considération non la personne représentée mais
celle du représentant.

Lorsque dans le cas du mandat conféré par un acte juri-
dique (procuration) le représentant a agi suivant les instruc-

Trad. Raoul de la Grasserie — 3e édition, Paris, 1910.

(١) ويلاحظ أن جمهورية ألمانيا الديمقراطية أصدرت في سنة ١٩٧٥ قانوناً مدنياً
خاصاً بها فأصبحت أحكام القانون المدني الألماني قاصرة التطبيق على التليم جمهورية
ألمانيا الاتحادية .

tions données par le représenté, celui-ci, relativement aux faits qu'il connaissait, ne peut invoquer l'ignorance du représentant. Il en est de même des faits que le mandant devait connaître, toutes les fois que l'obligation de connaître est assimilée par la loi à la connaissance elle-même.

Art. 167. — La collation du pouvoir a lieu par déclaration faite à celui auquel on le confère ou au tiers vis-à-vis duquel la représentation doit avoir lieu.

La déclaration n'a pas besoin de la forme exigée pour l'acte juridique auquel le pouvoir se rapporte.

Art. 168. — L'expiration du pouvoir donné est fixée d'après la relation juridique qui a causé sa dation. Ce pouvoir est révocable, même lorsque les rapports juridiques continuent, à moins que le contraire ne résulte de ce pouvoir. Il y a lieu d'appliquer à sa révocation les dispositions de l'article 167, alinéa 1.

Art. 169. — Lorsque d'après les articles 674 et 727 les pouvoirs expirés d'un mandataire ou d'un associé chargé d'une affaire sont considérés comme continuant de subsister, ils ne peuvent être invoqués en sa faveur par un tiers qui en contractant savait ou devait savoir que les pouvoirs étaient expirés.

Art. 170. — Si les pouvoirs ont été conférés par déclaration faite à un tiers, ils continuent à avoir effet vis-à-vis de celui-ci jusqu'à ce que leur expiration lui ait été notifiée par le mandant.

Art. 171. — Si quelqu'un par avis spécial donné à un tiers ou par publication a fait savoir qu'il a chargé de ses pouvoirs une autre personne, celle-ci a le droit, en vertu de cette notification, dans le premier cas envers le tiers, dans le second envers quiconque d'exercer ces pouvoirs.

Les pouvoirs continuent de subsister jusqu'à ce que la notification faite soit révoquée dans les mêmes formes.

Art. 172. — Il faut assimiler à l'avis personnel des pouvoirs donné par le constituant le cas où celui-ci remet une pro-

curation au fondé de pouvoirs et où ce dernier la produit au tiers.

Les pouvoirs continuent jusqu'à ce que l'acte de procuration ait été rendu au constituant ou déclaré nul.

Art. 173. — Les dispositions des articles 170, 171, alinéa 2 et 172, alinéa 2, ne sont pas applicables, lorsque le tiers a connu ou dû connaître au moment de l'acte juridique que les pouvoirs étaient expirés.

Art. 174. — L'acte juridique unilatéral que fait un fondé de pouvoirs vis-à-vis d'une autre personne est nul si le fondé de pouvoirs ne produit pas la procuration et que l'autre personne repousse immédiatement cet acte pour ce motif. Elle ne peut plus le rejeter lorsque le fondé de pouvoirs lui a donné connaissance de ses pouvoirs.

Art. 175. — Après l'expiration de ses pouvoirs, le représentant doit rendre son titre de procuration à son mandant ; il n'a pas le droit de rétention.

Art. 176. — Le mandant peut faire déclarer nulle la procuration au moyen d'une notification publique ; cette déclaration doit être publiée en se conformant aux prescriptions du Code de procédure civile relatives aux notifications publiques. A l'expiration d'un mois après les dernières insertions dans les feuilles officielles la révocation a son plein effet.

La compétence pour l'autorisation de suivre cette procédure appartient tant au tribunal de bailliage dans le ressort duquel le mandant a son domicile de juridiction, qu'à celui qui serait compétent pour l'instance en restitution de titre, abstraction faite de la valeur du litige.

La révocation est nulle lorsque le constituant n'a pas le droit de révoquer le mandat.

Art. 177. — Lorsque quelqu'un conclut sans pouvoirs un contrat au nom d'une autre personne, la validité de ce contrat pour ou contre le représenté dépend de la ratification de celui-ci.

Lorsque l'autre partie somme le représenté de se déclarer à ce sujet, la déclaration ne peut être faite qu'à elle ; la ratification déclarée au représentant avant cette sommation ou le refus de ratification déclarés de la même manière sont nuls. Cette ratification ne peut être faite que deux semaines après la réception de la sommation ; à défaut elle est considérée comme refusée.

Art. 178. — Jusqu'à la ratification du contrat, l'autre partie a le droit de révoquer, à moins qu'elle n'ait connu le manque de pouvoirs au moment de la conclusion du contrat. La révocation peut aussi être déclarée au représentant.

Art. 179. — Celui qui a conclu le contrat en qualité de représentant, doit, lorsqu'il ne prouve pas cette qualité, être tenu envers l'autre partie, au choix de celle-ci, à l'exécution ou à des dommages-intérêts, si le représenté refuse sa ratification.

Lorsque le représentant n'a pas connu le manque de pouvoirs, il n'est tenu qu'à la réparation du dommage que l'autre partie a souffert en raison de ce qu'elle s'est fiée à ces pouvoirs, mais sans que cette réparation puisse excéder l'intérêt que cette autre partie avait à la réalisation du contrat.

Le représentant ne répond pas si l'autre partie connaissait ou devait connaître le manque de pouvoirs. Il ne répond pas non plus si sa capacité juridique est restreinte, à moins qu'il n'ait agi avec le consentement de son représentant légal.

Art. 180. — Dans un acte juridique unilatéral, la représentation ne peut avoir lieu sans pouvoirs. Cependant, si celui vis-à-vis duquel cet acte devait être fait n'a pas contesté les pouvoirs allégués par le représentant ou s'il est convenu que le représentant pouvait agir sans pouvoirs, il y a lieu d'appliquer les dispositions relatives aux contrats. Il en est de même lorsqu'un acte juridique unilatéral a été fait vis-à-vis d'un représentant sans pouvoirs avec le consentement de celui-ci.

Art. 181. — Un représentant ne peut, à moins de conventions contraires, passer un acte juridique au nom du représen-

té avec lui-même en privé nom ou comme représentant d'un tiers, à moins que cet acte ne soit exclusivement relatif à l'exécution d'une obligation.

٢ — قانون الالتزامات السويسرى

Code Fédéral des Obligations

Art. 32. — Les droits et les obligations dérivant d'un contrat fait au nom d'une autre personne par un représentant autorisé passent au représenté.

Lorsqu'au moment de la conclusion du contrat le représentant ne s'est pas fait connaître comme tel, le représenté ne devient directement créancier, ou débiteur que si celui avec lequel il contracte devait inférer des circonstances qu'il existait un rapport de représentation ou s'il lui était indifférent de traiter avec l'un ou l'autre.

Dans les autres cas, une cession de la créance ou une reprise de la dette est nécessaire en conformité des principes qui régissent ces actes.

Art. 33. — Le pouvoir d'accomplir des actes juridiques pour autrui, en tant qu'il se fonde sur des rapports de droit public, est réglé par le droit public de la confédération ou des cantons.

Lorsque les pouvoirs découlent d'un acte juridique, l'étendue en est déterminée par cet acte même.

Si les pouvoirs ont été portés par le représenté à la connaissance d'un tiers, leur étendue est déterminée envers ce dernier par les termes de la communication qui lui a été faite.

Art. 34. — Le représenté a en tous temps le droit de restreindre ou de révoquer les pouvoirs découlant d'un acte juridique, sans préjudice des réclamations que le représentant peut avoir à former contre lui en vertu d'une autre cause, telle qu'un contrat de travail, un contrat de société ou un mandat.

Est nulle toute renonciation anticipée à ce droit par le représenté.

Lorsque le représenté a fait connaître, soit en termes exprès, soit par ses actes, les pouvoirs qu'il a conférés, il ne peut en opposer au tiers de bonne foi la révocation totale ou partielle que s'il a fait connaître également cette révocation.

Art. 35. — Les pouvoirs découlant d'un acte juridique s'éteignent par la mort, la déclaration d'absence, la perte de l'exercice des droits civils et la faillite du représenté ou du représentant, à moins que le contraire n'ait été convenu ou ne résulte de la nature de l'affaire.

Il en est de même lorsqu'une personne morale cesse d'exister ou lorsqu'une société inscrite au registre du commerce est dissoute.

Les droits personnels des parties l'une envers l'autre demeurent réservés.

Art. 36. — Le représentant nanti d'un titre constatant ses pouvoirs est tenu, lorsqu'ils ont pris fin, de le restituer ou de l'en effectuer le dépôt en justice.

Si le représenté ou ses ayant-droit négligent d'y contraindre le représentant, ils répondent du dommage qui pourrait en résulter à l'égard des tiers de bonne foi.

Art. 37. — Aussi longtemps que le représentant n'a pas connaissance de l'extinction de ses pouvoirs, le représenté ou ses ayants-aue deviennent par son fait créanciers ou débiteurs comme si les pouvoirs existaient encore.

Son exceptés les cas dans lesquels des tiers ont su que les pouvoirs ont pris fin.

Art. 38. — Lorsqu'une personne contracte sans pouvoirs au nom d'un tiers, celui-ci ne devient créancier ou débiteur que s'il ratifie le contrat.

L'autre partie a le droit d'exiger que le représenté déclare, dans un délai convenable, s'il ratifie ou non le contrat ; elle cesse d'être liée faute de ratification dans ce délai.

Art. 39. — Si la ratification est refusée expressément ou

tacitement, celui qui a pris la qualité de représentant peut être actionné en réparation du préjudice résultant de l'invalidité du contrat, à moins qu'il ne prouve que l'autre partie a connu ou dû connaître l'absence de pouvoirs.

En cas de faute du représentant, le juge peut, si l'équité l'exige, le condamner à des dommages-intérêts plus considérables.

L'action fondée sur l'enrichissement illégitime subsiste dans tous les cas.

Art. 40. — Sont réservées les dispositions spéciales sur les pouvoirs des représentants et organes de sociétés, ainsi que les fondés de procuration et autres mandataires commerciaux.

{ — القانون المدني الإيطالي :

Codice Civile Italiano :

Art. 1387. — *Fonti della rappresentanza.*

Il potere di rappresentanza è conferito dalla legge ovvero dall'interessato.

Art. 1388. — *Contratto concluso dal rappresentante.*

Il contratto concluso dal rappresentante in nome e nell'interesse del rappresentato, nei limiti delle facoltà conferitegli, produce direttamente effetto nei confronti del rappresentato.

Art. 1389. — *Capacità del rappresentante e del rappresentato.*

Quando la rappresentanza è conferita dall'interessato, per la validità del contratto concluso dal rappresentante basta che questo abbia la capacità di intendere e di volere, avuto riguardo alla natura e al contenuto del contratto stesso, sempre che sia legalmente capace il rappresentato.

In ogni caso, per la validità del contratto concluso dal rappresentante è necessario che il contratto non sia vietato al rappresentato.

Art. 1390. — *Vizi della volontà.*

Il contratto è annullabile se è viziata la volontà del rappresentante. Quand però il vizio riguarda elementi predeterminati dal rappresentato, il contratto è annullabile solo se era viziata la volontà di questo.

Art. 1391. — *Stati soggettivi rilevanti.*

Nei casi in cui è rilevante lo stato di buona o di mala fede, di scienza o d'ignoranza di determinate circostanze, si ha riguardo alla persona del rappresentante, salvo che si tratti di elementi predeterminate dal rappresentato.

In nessuna caso il rappresentato che è in mala fede può giovare dello stato d'ignoranza o di buona fede del rappresentante.

Art. 1392. — *Forma della procura.*

La procura non ha effetto se non è conferita con le forme prescritte per il contratto che il rappresentante deve concludere.

Art. 1393. — *Giustificazione dei poteri del rappresentante.*

Il terzo che contratta col rappresentante può sempre esigere che questo giustifichi i suoi poteri, et, se la rappresentanza risulta da un atto scritto, che gliene dia una copia da lui firmata.

Art. 1394. — *Conflitto d'interessi.*

Il contratto concluso dal rappresentante in conflitto d'interessi col rappresentato può essere annullato su domanda del rappresentato, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo.

Art. 1395. — *Contratto con se stesso.*

E' annullabile il contratto che il rappresentante conclude con se stesso, in proprio o come rappresentante di un'altra parte, a meno che il rappresentato lo abbia autorizzato specificamente ovvero il contenuto del contratto sia determinato in modo da escludere la possibilità di conflitto d'interessi.

L'impugnazione può essere proposta soltanto dal rappresentato.

Art. 1396. — *Modificazione ed estinzione della procura.*

Le modificazioni e la revoca della procura devono essere portate a conoscenza dei terzi con mezzi idonei. In mancanza, esse non sono opponibili ai terzi, se non si prova che questi le conoscevano al momento della conclusione del contratto.

Le altre cause di estinzione del potere di rappresentanza conferito dall'interessato non sono opponibili ai terzi che le hanno senza colpa ignorate.

Art. 1397. — *Restituzione del documento della rappresentanza.*

Il rappresentante è tenuto a restituire il documento dal quale risultano i suoi poteri quando questi sono cessati.

Art. 1398. — *Rappresentanza senza potere*

Colui che ha contrattato come rappresentante senza averne i poteri o eccedendo i limiti delle facoltà conferitegli, è responsabile del danno che il terzo contraente ha sofferto per avere confidato senza sua colpa nella validità del contratto.

Art. 1399. — *Ratifica*

Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, il contratto può essere ratificato dall'interessato, con l'osservanza delle forme prescritte per la conclusione di esso.

La ratifica ha effetto retroattivo, ma sono salvi i diritti dei terzi.

Il terzo e colui che ha contrattato come rappresentante possono d'accordo sciogliere il contratto prima della ratifica.

Il terzo contraente può invitare l'interessato a pronunciarsi sulla ratifica assegnandogli un termine, scaduto il quale, nel silenzio, la ratifica s'intende negata.

La facoltà di ratifica si trasmette agli eredi.

Art. 1400. — *Speciali forme di rappresentanza*

Le speciali forme di rappresentanza nelle imprese agricole e commerciali sono regolate dal libro V (2203 al).

٥ - مشروع تنقيح القانون المدني الفرنسي : (١)

Projet de réforme du Code civil français

*Textes adoptés par la Commission plénière
relatifs à la représentation*

Art. 20. — Un acte juridique peut valablement être fait par un représentant, sauf disposition contraire de la loi.

Art. 21. — La représentation résulte, soit d'une disposition de la loi, soit d'une décision de justice, soit de la volonté commune du représentant et du représenté.

Art. 22. — Il n'est pas nécessaire que le représentant ait la capacité de faire l'acte pour lequel il a pouvoir, il suffit qu'il soit capable de représenter autrui conformément à la loi.

Art. 23. — L'absence ou le vice de la volonté s'apprécie dans la personne du représenté ou dans celle du représentant dans la mesure où la volonté de chacun a concouru à l'acte.

Art. 24. — Les effets de l'acte passé par le représentant pour le compte du représenté se produisent à l'égard du représenté, non du représentant.

Art. 25. — Il n'y a représentation que pour les actes accomplis par le représentant dans la limite de ses pouvoirs.

Toutefois, lorsqu'un acte a été accompli sans pouvoirs ou lorsque les pouvoirs ont été dépassés, l'acte peut être ratifié par celui pour le compte de qui il a été fait, auquel cas il y a représentation.

La ratification est soumise aux dispositions applicables à la confirmation des actes nuls.

En l'absence de ratification, celui qui a agi pour autrui sans pouvoirs ou au-delà de ses pouvoirs, doit réparer le pré-

(١) أنشأت لجنة تنقيح القانون المدني الفرنسي سنة ١٩٤٥ وبأشرت أعمالها طوال عشرين عاما الى أن حلت سنة ١٩٦٥ بعد المدول عن فكرة تنقيح القانون المدني الفرنسي تنقيحا كاملا .

judice qu'il a causé à ceux qui, étant de bonne foi, avaient intérêt à la validité de l'acte.

Art. 26. — La restriction, la révocation ou l'expiration de pouvoirs du représentant ne peut pas être opposée par le représenté à ceux qui n'en ont pas eu connaissance au moment où ils ont acquis des droits par l'intermédiaire du représentant.

Art. 27. — Sauf disposition contraire de la loi, le pouvoir général de représentation confère au représentant le seul droit d'accomplir des actes d'administration.

Sauf disposition contraire de la loi, le pouvoir spécial d'effectuer une opération juridique d'une nature déterminée est suffisant, sans qu'il soit nécessaire de spécifier l'acte même à réaliser.

Art. 28. — Le représentant ne peut pas, au nom du représenté, à moins d'y avoir été autorisé par ce dernier ou par la loi, stipuler pour son propre compte ou pour le compte d'une autre personne qu'il représente.

Le représenté peut ratifier un tel acte dans les cas où il aurait pu l'autoriser.

Art. 29. — Il n'y a pas représentation lorsque celui qui a traité avec le représentant ignorait que ce dernier n'agissait pas en son nom personnel, à moins que la considération de la personne ne lui fut indifférente.

Art. 30. — Le représentant peut se réserver la faculté de désigner le représenté une fois l'acte passé.

Sauf stipulation contraire, la désignation doit être faite dans un délai de vingt-quatre heures à compter de la formation de l'acte.

Faute de désignation du représenté dans le délai imparti, le représentant est censé avoir stipulé pour lui-même.

Art. 31. — Sauf disposition de la loi ou stipulation contraires, le représentant ne peut pas se substituer une autre personne.

Art. 32. — Sauf stipulation contraire, la représentation prend fin par le décès du représentant.

Art. 33. — Lorsque le représentant est muni d'un titre constatant ses pouvoirs, il doit, dès que ces derniers ont pris fin et sans qu'il puisse opposer le droit de retention, restituer ledit titre ou en faire ordonner le dépôt par justice.

Art. 34. — Le pouvoir de faire au nom d'autrui un acte pour lequel la loi exige la forme authentique doit être donné par acte notarié. S'il s'agit d'un acte pour lequel l'écrit sous-seign privé est suffisant, le pouvoir peut n'être donné que par acte sous-seign privé, même si l'acte est rédigé dans la forme authentique.

المشروع التمهيدى المعدل
لقانون موحد بشأن النيابة فى البيع الدولى لفسلع
الذى اقرته اللجنة المشكلة من مندوبى حكومات الدول
الأعضاء فى المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص
(روما) وصدر عن المعهد فى أكتوبر سنة ١٩٧١ (١)

الفصل الأول

نطاق تطبيق القانون - تعريفات

المادة الأولى

١ - ينطبق هذا القانون على علاقات النيابة فى بيع السلع وشراؤها متى كان موطننا أعمال اثنين من الأطراف الثلاثة ، الأصيل والنائب والغير الذى يتعامل معه النائب ، واقعين فى اقليمى دولتين مختلفتين ومتى ؟

(أ) كانت الدولتان من الدول الموقعة على هذا الاتفاق ، أو
(ب) كانت قواعد القانون الدولى الخاص التى تطبقها المحكمة تشير بتطبيق قانون دولة موقعة على هذا الاتفاق .

٢ - ومع ذلك فإن أحكام هذا القانون التى تخص علاقة الأصيل بالنائب لا تنطبق متى كان موطننا أعمالهما واقعين فى دولة واحدة .

٣ - متى كان لأحد الأطراف أكثر من موطن أعمال تكون العبرة بالموطن الأوثق صلة بالمعاملة موضوع الدعوى .

(١) عقد أخيراً مؤتمر من مندوبى الدول أعضاء المعهد للتصديق على هذا المشروع وذلك فى مدينة بوخارست فى الفترة من ٢٨ مايو الى ١٣ يوليو ١٩٧٩ ولم يتمكن المؤتمر من التوافق على المشروع برمتيه بل اعتمد منه ١٣ مادة وتأجل بحث باقى مواد المشروع الى مؤتمر آخر ينتظر انعقاده فى أواخر سنة ١٩٨٠ .

٤ - متى لم يكن لأحد الأطراف موطن أعمال كانت العبرة بمكان إقامته المعتاد .

المادة (٢)

النيابة في مفهوم هذا القانون علاقة تقوم كلما تصرف شخص هو النائب لحساب شخص آخر هو الأصيل في تعامله مع طرف ثالث ، سواء كان تصرفه باسمه هو أو باسم الأصيل .

المادة (٣)

لا ينطبق هذا القانون على علاقات النيابة الناشئة عن :

(أ) روابط الأسرة .

(ب) الصفة التي يسبغها التشريع أو القضاء على شخص في التصرف لحساب شخص آخر غير كامل الأهلية .

(ج) العلاقة بين شخص اعتباري أو بين شركة غير ذات شخصية اعتبارية وبين الأعضاء المتولية التمثيل عن إرادة الشخص الاعتباري أو الشركة .

(د) علاقة بحكمها عقد عمل .

المادة (٤)

لا ينطبق هذا القانون على علاقات النيابة المتصلة ببيع أو شراء :

(أ) الأوراق المالية والأوراق التجارية والنقود .

(ب) السفن والمراكب والطائرات الخاضعة للتسجيل أو القيد .

(ج) التيار الكهربائي .

(د) أية سلع بالزاد العلني .

المادة (٥)

ينطبق هذا القانون على علاقات النيابة بصرف النظر من الصفة التجارية أو المدنية للأطراف أو للعقد .

المادة (٦)

يحل هذا القانون فى جميع ما ينطبق عليه محل ابة قواعد قانونية اخرى كان يمكن لولاه أن تنطبق بما فى ذلك قواعد القانون الدولى الخاص .

المادة (٧)

لا يحول كون هذا القانون واجب التطبيق دون :

(١) قيام الأطراف باختيار أى قانون آخر يحكم علاقاتها المتبادلة .

(ب) قيام الأطراف باستبعاد أو بتعديل أى حكم من أحكام هذا القانون فما لا يمس غير علاقاتهم المتبادلة .

المادة (٨)

فى الحالات التى لا يكون فيها هذا القانون واجب التطبيق يجوز للأطراف أن يختاروه ليحكم علاقاتهم المتبادلة ومع ذلك فان اختيار الأطراف لهذا القانون لا تأثير له على انطباق ابة أحكام قانونية أمره واجبة التطبيق .

المادة (٩)

١ - يكون الأطراف ملزمين بأية عادات أو أعراف اشاروا اليها صراحة أو ضمنا وبأية ممارسات جرى عليها عملهم فيما بينهم .

٢ - العادات والأعراف التى يعتبر الأطراف انهم اشاروا اليها ضمنا تشمل أية عادات أو أعراف يعلم الأطراف أو كان واجبا أن يعملوا بها وتكون معروفة للكافة فى مجال التجارة الدولية ومرعية من جانب الأطراف فى عقود من نوع العقد المبرم بين الأطراف المعنية .

٣ - فى حالة التضارب بين تلك العادات والأعراف وبين أحكام هذا القانون تسرى العادات والأعراف مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك .

٤ - اذا استعمل الأطراف تعبيرات أو صيغا أو نماذج عقود شائعة فى التعامل التجارى فان تفسيرها يكون وفقا للمعنى المقبول على نطاق

واسمح في الأوساط التجارية المعنية وهذا ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك .

المادة (١٠)

يجب أن يؤخذ في الاعتبار عند تفسير أحكام هذا القانون وتطبيقها ما له من طابع دولي وما تدعو اليه الحاجة اليه من دعم الاتجاه نحو وحدة التفسير والتطبيق .

الفصل الثاني

نشأة النيابة ومداها

المادة (١١)

١ - لا يخضع عقد النيابة لشكل خاص ولا يشترط لوجوده ولا لآلياته أن يكون مكتوباً .

٢ - ومع ذلك فإن قانون الدولة التي يباشر فيها النائب نشاطه هو الذي يحدد الآثار المترتبة على عدم توفر متطلبات الشكل متى كان ذلك القانون :

(١) يتطلب شكلاً خاصاً أو إجراء شكلياً معيناً بالنسبة لآلية ذلك النائب بما في ذلك ما يتعلق بالتسجيل أو النشر ، أو كان القانون .

(ب) يشترط موافقة جهة رسمية أو غيرها على قيام النائب بمقتضيات نيابته .

المادة (١٢)

١ - تنشأ صفة النائب إما عن أمانة صريحة صادرة عن الأصل وإما عن أمانة مستندة الى وضع يشغله النائب أثناء الأصل برضا هذا الأخير المصريح أو الضمني وما عن مسلك الأصل وظروف الحال .

٢ - تكون للنائب صفة ضمنية في القيام بجميع التصرفات الضرورية لتحقيق الغرض الذي من أجله صدرت الأمانة .

المادة (١٣)

للمنائب أن يعين نائبا عنه مالم تدل ظروف الحال على غير ذلك وتعتبر العلاقة بين النائب ونائب النائب علاقة نيابة .

المادة (١٤)

١ - ليس للنائب أن يحل شخصا آخر محله الا بتخويل صريح من الاصيل على أن للنائب ذلك اذا كان في وضع لا يسمح له بالقيام بتصرف تتطلب مصلحة الاصيل سرعة القيام به .

٢ - في الحالات التي يجوز فيها للمنائب احلال غيره محله يعتبر من يحل محل النائب نائبا مباشرا عن الاصيل ولا يكون النائب الاصيل مستقولا قبل الاصيل الا عن اهماله في اختيار من حل محله او في تزويده بالتعليمات اللازمة .

الفصل الثالث

العلاقة بين الاصيل والنائب

المادة (١٥)

١ - يلتزم الاصيل والنائب بمراعاة حسن النية في علاقاتهما المتبادلة .

٢ - مع عدم الاخلال بما لحكم الفقرة السابقة من صفة العموم تتبع الأحكام الآتية :

(أ) يلتزم النائب بعدم افشاء أية معلومات سرية يكون قد تلقاها بحكم نيابته وبعد استخدام مثل تلك المعلومات لأغراض بينها وبين مصلحة الاصيل تعارض .

(ب) يلتزم النائب ألا يباشر نشاطا لحساب اصيل آخر يعلم بأن مصلحته تتعارض مع مصلحة الاصيل الأول مالم يخطر هذا الأخير بذلك مقدما .

(ج) لا يجوز للنائب بغير رضا الاصيل أن يشتري لحساب نفسه السلم المكلف ببيعها لحساب الاصيل ولا أن يبيع الاصيل سلعا مملوكة له .

(د) لا يجوز للنائب أن يشتري لحساب الأصل السلع المكلف بيعها لحساب أصل آخر بغير رضا الأصليين .

المادة (١٦)

١ - على النائب أن يبذل من المهارة والعناية في تنفيذ ما تعهد به التقدير الذي يتوقع من نائب في مثل ظروفه وعليه أن يتبع تعليمات الأصل .

٢ - على النائب أن يزود الأصل بالمعلومات اللازمة عن الأعمال التي يقوم بها وأن يقدم له حساب عملياته ، بما في ذلك الحساب المالي ، على فترات أو كلما طلب إليه الأصل ذلك متى وقع ذلك الطلب في أوقات معقولة .

المادة (١٧)

١ - على النائب العناية بحفظ ما يتسلمه بصفته تلك والأصل أن يطلب أن يسلم إليه فوراً جميع ما يحق له مطالبة النائب به بما في ذلك المبالغ النقدية :

٢ - على النائب أن يقوم بكل ما يلزم لحفظ كافة حقوق الأصل وحقه في سلوك طرق التقاضي والظعن .

٣ - إذا كانت السلع التي يتسلمها النائب معرضة تحت يده للتلف أو لانخفاض رتبة نوعها بما ينقص من قيمتها بشكل محسوس فللنائب ، إذا ضاق الوقت عن الحصول على تعليمات الأصل ، أن يقوم هو ببيع السلع أو بأية إجراءات أخرى تتعلق بها تتطلبها مصلحة الأصل .

٤ - على النائب أن يتبع في بيع السلع القواعد التي ينص عليها القانون أو تقررها المادة والعرف في مكان وجود السلع بشأن البيع الذي تلجئ إليه الضرورة .

المادة (١٨)

١ - لا يكون النائب مسئولاً قبل الأصل من عدم قيام المشتري أو البائع بتنفيذ التزاماته الناشئة من عقد بيع أو شراء مالم يكن النائب قد كفل تنفيذ تلك الالتزامات .

٢ - ومتى كان النائب قد كفل تنفيذ تلك الالتزامات يكون مسئولاً بالتضامن مع البائع أو المشتري ما لم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك .

المادة (١٩)

لا يجوز للنائب بغير رضا الأصل صراحة أو ضمناً أن يتفق مع الغير المشتري أو البائع على النسبة لصالحه أو يمنحه أجلاً أو أن يقسط عليه التزاماته النقدية أو أن يمنحه أية تسهيلات أخرى بشأن السداد أو التسليم .

المادة (٢٠)

لنائب الحق في تقاضي الأجر الذي ينص عليه عقد النيابة صراحة أو ضمناً وفي استرداد النفقات التي أنفقها ولو خلا العقد من النص على ذلك .

المادة (٢١)

على الأصل أن يزود النائب بالمعلومات وأن يقوم له كل معاونة معقولة من أجل تمكينه من تنفيذ التزاماته .

المادة (٢٢)

إذا لم يؤد الأصل إلى النائب ما هو مستحق له من أجر ومبالغ مستحقة الرد وغيرها من المبالغ المترتبة على النيابة يكون للنائب أن يقوم بواحد من الأمرين الآتيين :

(أ) فاما أن يقتطع تلك المبالغ من أى مبلغ يكون مستحقاً لديه للأصل

(ب) وأما أن يحبس السلع أو غيرها من الأشياء التي تحت يده لحساب الأصل يسبب العقد . وللنائب في هذه الحالة كذلك أن يبيع السلع ويحبس المتحصل من بيعها مقابل ما هو مستحق له بصرف النظر عما قد ينص عليه عقد النيابة ، على ألا يقوم بشيء من ذلك إلا بعد فترة معقولة من ائذار الأصل . وعلى النائب أن يتبع في ذلك البيع ما قد ينص عليه القانون أو يقضى به العرف أو العادة في مكان وجود السلع من قواعد بشأن أمثال تلك الببوع .

المادة (٢٣)

إذا لم يتم أى من الأصيل أو النائب بتنفيذ التزامه قبل الآخر دون أن يكون لذلك سبب مشروع أو يكون لديه عذر مقبول كان عليه أن يدفع للطرف الآخر من التعويض ما يجعله فى الوضع ذاته الذى كان يجد نفسه فيه فيما لو كان الطرف المخل قد قام بتنفيذ التزاماته ، هذا مع عدم الإخلال بأية دعوى أخرى يمكن الرجوع بها عليه .

الفصل الرابع

الآثار القانونية لتصرف النائب لحساب الأصيل

المادة (٢٤)

متى قام النائب بتصرف لحساب الأصيل فى حدود نيابته وكانت صفته تلك معلنة أو ظاهرة فإن العقد الذى يبرمه مع الغير ينشئ علاقة بين هذا الغير وبين الأصيل ، هذا مع مراعاة أحكام المادة ٢٧ .

المادة (٢٥)

- ١ - إذا تصرف النائب بغير صفة أو متجاوزاً حدود نيابته فإن العقد الذى يبرمه لا ينشئ علاقة قانونية بين الأصيل والغير .
- ٢ - وليس للغير أن يستند الى صفة ضمنية وفقاً لنص المادة ١٢ إذا كان يعلم أو كان واجبا عليه أن يعلم بانتفاء الصفة أو بتجاوز النائب حدود نيابته .

المادة (٢٦)

- ١ - متى قام النائب بتصرف لحساب الأصيل فى حدود نيابته وكانت صفته تلك غير معلنة ولا ظاهرة عند التعاقد فإن العقد لا يربط إلا النائب والغير الذى تعاقد معه .
- ٢ - ومع ذلك فإذا صار الكشف فيما بعد من أن النائب كان يتصرف لحساب الأصيل أو أصبح ذلك ظاهراً كان للأصيل أن يمارس حقوق النائب قبل الغير بما يرد عليها من الدفوع الناشئة عن العقد والتي كان لهذا الأخير أن يدفع بها قبل النائب ، كما يكون للغير أن يمارس

قبل الأصيل الحقوق التي له قبل النائب بما يرد عليها من الدفع الناشئة عن العقد والتي كان للنائب أن يدفع بها قبل الغير وكذلك تلك الدفع التي كان للأصيل أن يدفع بها قبل النائب ، غير أن هذه الحقوق لا يجوز ممارستها الا متى كان النائب لم يتم بتنفيذ التزامه قبل الطرف الذي يرغب في ممارسة تلك الحقوق أو كان النائب في وضع لا يسمح له بتنفيذ تلك الالتزامات ، هذا كله مع مراعاة أحكام المادة ٢٧ .

٢ - يوجه اعلان الرغبة في ممارسة الحقوق المشار اليها في الفقرة السابقة الى النائب وإلى الغير أو ، لأصيل حسب الأحوال ، ومتى تلقى الغير أو الأصيل ذلك الاعلان لم يجوز له أن يقوم بالوفاء للنائب .

٤ - اذا تعلل على النائب القيام بتنفيذ التزامه قبل الغير بسبب اخلال الأصيل بالتزامه نحوه كان على النائب أن يعلم الغير باسم الأصيل .

٥ - واذا لم يتم الغير بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد قبل النائب كان على هذا الأخير أن يعلم الأصيل باسم الغير .

٦ - لا تنطبق أحكام الفقرة ٢ من هذه المادة اذا حدث بعد الكشف عن واقعة تصرف النائب لحساب الأصيل أو صيرورتها ظاهرة أن بلغ الأصيل أو النائب الغير بأنهما قد اتفقا على اعتبار العقد المبرم مع هذا الأخير ملزما للنائب وللغير فقط .

المادة (٢٧)

يجوز للنائب ، وفقا لتعليمات الأصيل الصريحة أو الضمنية ، أن يتفق مع الغير على ألا يكون لهذا الأخير رجوع مباشر على الأصيل ، لا للأصيل رجوع مباشر عليه . ويجوز أن يستنتج هذا الاتفاق من الظروف بما فيها الإشارة الى عقد وكالة بالعمولة أو الى بقاء اسم الأصيل في طي الكتمان .

المادة (٢٨)

١ - يجوز لمن أجرى لحسابه تصرف غير نافذ في حقه بواسطة شخص غير ذي صفة أو نائب متجاوز لحدود نيابته أن يقر ذلك التصرف . وفي حالة الاقرار تترتب على التصرف الآثار نفسها التي كانت تترتب عليه ابتداء لو كان من قام به ذا صفة .

- ٢ - إذا كان الغير عالما أو كان واجبا عليه أن يعلم بانتفاء صفة النائب فانه لا يبرا من التزاماته الناشئة عن العقد قبل انقضاء المهلة المتفق عليها للاقرار أو المهلة المعقولة التي يحددها ، إلا بموافقة النائب . أما إذا كان الغير لا يعلم بانتفاء الصفة ثم علم به فله أما أن يتحلل من العقد وأما أن يحدد مهلة لصدور الاقرار عن الاصيل
- ٣ - تترتب على الاقرار آثاره ولو كان من غير الممكن ، في وقت صدوره أن يعتقد التصرف موضوع الاقرار صحيحا .
- ٤ - إذا كان التصرف قد جرى لحساب شخص اعتباري قبل تأسيسه فإن الاقرار لا يكون نافذا إلا إذا كان القانون الذي يحكم تأسيس الشخص الاعتباري يسمح به .
- ٥ - لا يخضع الاقرار لشكل خاص وقد يكون صريحا أو يستنتج من مسلك الاصيل . ويترتب على الاقرار اثره من وقت اتصاله بعلم الغير .
- ٦ - للغير أن يرفض قبول الاقرار الجزئي .
- ٧ - الاقرار الذي انتج اثره لا يمكن الرجوع فيه .

المادة (٢٩)

- ١ - يكون الشخص الذي يتصرف لحساب آخر بغير صفة أو متجاوزا حدود نيابته مسئولاً قبل الغير عن التعويض بالقدر الذي يضع هذا الأخير في الوضع نفسه الذي كان يكون فيه لو أن المتصرف كان ذا صفة أو أن النائب كان لم يجاوز حدود نيابته .
- ٢ - ومع ذلك فلا مسئولية على مثل ذلك المتصرف أو النائب إذا كان الغير عالما أو كان واجبا عليه أن يعلم بانتفاء الصفة أو بتجاوز حدود النيابة .

الفصل الخامس

انقضاء النيابة

المادة (٣٠)

ينقضى عقد النيابة بانقضاء الوقت المحدد فيه أو متى انفق الطرفان على انتهائه أو بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه تنفيذا تاما .

المادة (٣١)

- ١ - لا ينقضى عقد النيابة بوفاة الأصيل أو بزوال أهليته إلا إذا كان ملحوظا فى العقد قيام الأصيل شخصا بتنفيذ الالتزامات التى يرتبها عليه .
- ٢ - ينقضى عقد النيابة متى استحال تنفيذ التزامات الأصيل بسبب أفلاسه أو اتخاذ إجراء مماثل قبله ، بغير إخلال بالتعويض الذى قد يترتب على مثل هذا الانقضاء .
- ٣ - متى لم يكن الأصيل شخصا طبيعيا لا يترتب على اتخاذ إجراءات حله انقضاء النيابة ما لم يكن ذلك نتيجة لأفلاسه أو لاتخاذ إجراء مماثل قبله .
- ٤ - بالرغم من انقضاء النيابة وفقا لأحكام هذه المادة يتعين على النائب أن يستمر فى النيابة بالقدر الضرورى لغرض الضرر عن مصلحة الأصيل أو تركته .

المادة (٣٢)

- ١ - ينقضى عقد النيابة بوفاة النائب أو بزوال ما كان له من الأهلية عند صدور الإنابة اليه .
- ٢ - ينقضى عقد النيابة متى استحال تنفيذ التزامات النائب بسبب أفلاسه أو اتخاذ إجراء مماثل قبله أو متى اتخذت إجراءات الحل قبل النائب الذى ليس شخصا طبيعيا ، بغير إخلال بالتعويض الذى قد يترتب على مثل هذا الانقضاء .

المادة (٣٣)

ينقضى عقد النيابة بإرادة كل من الأصيل والنائب مهما تكن أحكام العقد فى هذا الشأن . ويكون الطرف الذى ينهى النيابة بإرادته من غير سبب مشروع أو عذر مقبول مسئولاً عن التعويض عن فسخ العقد أو عن عدم إعطاء مهلة معقولة إذا كان العقد غير محدد المدة .

المادة (٣٤)

مع مراعاة أحكام المادة ٣٥ تترتب على انقضاء عقد النيابة بإرادة أحد طرفيه آثاره قبل الفير من وقت علمه به فقط إلا فى الحالتين الآتيتين:

(١) إذا كان قد صار اشهار النيابة عن طريق تسجيلها أو نشرها طبقا لاحكام القانون ثم صار اشهار انقضاءها بالطريق عينه .

(ب) إذا كان قد صار الغاء المحرر الذى ينشئ النيابة أو يثبتها باجراء منصوص عليه لهذا الغرض فى قانون المولة التى يباشر فيها النائب نشاطه .

المادة (٣٥)

إذا كان مصدر علم الغير بالنيابة هو قول النائب غير المؤيد بأى مسلك من قبل الأصيل ترتب على انتهاء الأصيل للنيابة اثره قبل الغير بمجرد اتصال الانهاء بعلم النائب ولو لم يعلم به الغير .

المادة (٣٦)

١ - على النائب ان يقوم بما يلزم ، فى حدود المعقول ، لاختار الغير فى وقت مناسب بانهاء النيابة بارادته أو بارادة الأصيل .

٢ - إذا لم يتم النائب بذلك كان للغير الحق فى التحريض ، طبقا للمادة ٢٩ ، قبل النائب وقبل الأصيل بوصفه ضامنا .

المراجع اولا - المراجع العربية

١ - القانون الحديث :

- أحمد حشمت أبو ستيت : نظرية الالتزام فى القانون المدنى
- أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى : شرح القانون المدنى (فى عقود المصرى ، القاهرة ١٩٤٥ .
- البيع والحوالة والمقايضة) ، القاهرة ١٩٤٠ .
- اسماعيل غانم : فى النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، القاهرة ١٩٦٦ .
- أنور سلطان : العقود المسماة - شرح عقدى البيع والمقايضة ، الاسكندرية ١٩٥١ .
- أنور سلطان : النظرية العامة للالتزام - الجزء الأول فى مصادر الالتزام ، الاسكندرية ١٩٥٥ .
- حلمى بهجت بدوى : أصول الالتزامات ، القاهرة ١٩٤٣ .
- عبد الحى حجازى : النظرية العامة للالتزام ، القاهرة ١٩٥٤ .
- عبد الرزاق أحمد السنهورى : نظرية العقد (الجزء الأول من النظرية العامة للالتزامات) ، القاهرة ١٩٣٤ .
- عبد الرزاق أحمد السنهورى : تلوجز فى النظرية المسماة للالتزامات ، القاهرة ١٩٤٦ .
- عبد الرزاق أحمد السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد - الجزء الأول - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام ، القاهرة ١٩٥٢ ، الجزء السابع ، المجلد الأول - القاوله والوكالة والوديعة والحراسة ، القاهرة ١٩٦٤ .
- عبد المنعم فرج الصده : محاضرات فى القانون المدنى - نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية ، القاهرة ١٩٥٨ .

- محمد على عرفة : شرح القانون المدنى الجديد فى التأمين والعقود الصغيرة ، الطبعة الثانية ، القاهرة ١٩٥٠ .
- محمد كامل مرسى : العقود المدنية الصغيرة ، الطبعة الثالثة ، القاهرة ١٩٤٢ .
- محمد كامل مرسى : شرح القانون المدنى الجديد - العقود المسماة ، القاهرة ١٩٤٩ .
- محمود أبو عافية : التصرف القانونى المجرى ، القاهرة ١٩٤٨ .
- مصطفى الزرقا : محاضرات فى القانون المدنى السورى ، القاهرة ١٩٥٤ .

ب - الشريعة الإسلامية :

- أحمد إبراهيم : المعاملات الشرعية المالية ، القاهرة ١٩٣٦ .
- أحمد إبراهيم : أحكام التصرف من الغير بطريق النيابة - دروس للدكتوراه - القاهرة ١٩٤٠ - ١٩٤١ .
- أحمد أبو الفتح : المعاملات فى الشريعة الإسلامية ، ج ٢ ، القاهرة (ب . ت .)
- الشاطبى (أبو أسحق إبراهيم بن موسى الفرناطى المالكي) : الموافقات فى أصول الشريعة - ٤ أجزاء - القاهرة (المكتبة التجارية الكبرى) .
- شفيق شحاته : نظرية النيابة فى القانون الرومانى والشريعة الإسلامية ، مجلة العلوم القانونية والاقتصاد ، السنة الأولى (١٩٥٩) ، ص ٣٠٥ - ٣٦٢ .
- عبد الرزاق أحمد السنهورى : مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ، ج ٥ ، القاهرة ١٩٥٨ .
- على الخفيف : أحكام المعاملات الشرعية ، القاهرة ١٩٤١ .
- محمد أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ، القاهرة ١٩٣٩ .
- محمد رضا عبد الجبار العانى : الوكالة فى الشريعة والقانون ، بغداد ١٩٧٥ .
- محمد مصطفى شلبى : نظام المعاملات فى الفقه الإسلامى ، الإسكندرية ١٩٥٥ .

- محمد يوسف موسى : الفقه الاسلامى ، مدخل لدراسته ونظام المعاملات فيه ، القاهرة ١٩٥٤ .
- وحيد الدين سوار : التعبير عن الإرادة فى الفقه الاسلامى ، القاهرة ١٩٦٠ .
- وهبة الزحيلي : الفقه الاسلامى فى أسلوبه الجديد ، ج ٢ ، دمشق ١٩٦٨

فقه الحنفية :

- « البسوط » لشمس الأئمة السرخسى ج ١٩ (خصوصا ص ٢ - ١٦٠) .
- « حاشية ابن عابدين » المسماة « رد المحتار على الدر المختار » بولاق سنة ١٢٢٥ ج ٤ (خصوصا ص ٤١٥ - ٤٣٦) .
- تكملة حاشية ابن عابدين المسماة « قررة عيون الأخبار لتكملة رد المحتار » (بولاق ١٣٢٦) ج ١ خصوصا ص ١٨٦ - ٢٨٣ .
- « الفتاوى الهندية » المسماة « بالفتاوى المالكية » ، بولاق سنة ١٣١٠ ، ج ٣ (خصوصا ص ٥٦٠ - ٦٤٤) .
- « تحفة الفقهاء » للسمرقندى ، ج ٣ ، دمشق ١٩٥٩ بتحقيق زكى عبد البر .
- « بدائع الصانع فى ترتيب الشرائع » للكاسانى ، مصر سنة ١٣٢٨ ، ج ٦ (خصوصا ص ١٩ - ٣٩) .
- « شرح فتح القدير » للكمال بن الهمام ج ٦ خصوصا ص (١٠٠ - ١١٢) .
- تكملة شرح فتح القدير لقاضى زاده المسماة « نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار » - مطبوع مع المرجع السابق ، ذات المجلد (خصوصا ص ٢ - ١٣٦) .

فقه الشافعية :

- « منهاج الطالبين » للنووى (محبى الدين أبو زكريا يحيى بن شرف) ج ٢ طبعه باتافيا سنة ١٨٨٣ (مطبعة حكومة الهند الشرقية الهولندية) تحقيق المبتشرك فان دن برج مع ترجمة النص العربى الى الفرنسية (خصوصا ص ٦٠ وما بعدها) .

- « نهاية المحتاج الى شرح النهاج » لابن الرملى ج ٤ (خصوصاً ص ١١ - ٤٨) .
- « الفتاوى الكبرى للشيخ » لابن حجر ج ٣ مصر (خصوصاً ص ٨٣ - ٩٢) .
- فتاوى ابن الرملى - على هامش ابن حجر (المرجع السابق) ج ٢
- تحفة الحبيب على شرح الخطيب لسليمان البجيرمى وهى حاشية على الشرح المسمى بالافتناع فى حل الفاظ ابن شجاع (وبهامشها الشرح المذكور) مصر سنة ١٢٩٤ هـ ج ٣ (وخصوصاً ص ١١٨ - ١٢٧) .
- الفرر البهية فى شرح البهجة الوردية للانصارى - مصر سنة ١٣٠٨ هـ ج ٣ (خصوصاً ص ٨٣ - ٩٢) .

فقه المالكية :

- « المدونة الكبرى » للامام مالك ج ١٠ مصر سنة ١٩٢٣ (خصوصاً ص ٧٥ - ٨٩) .
- « تحفة الحكام فى نكت العقود والأحكام » لابن عاصم وعليها شرح التسولى ، القاهرة .
- « شرح الخرثى على مختصر خليل » ج ١ مصر سنة ١٣٢٦ وبهامشه حاشية العدوى (خصوصاً ص ٢٨٤ - ٣٠٢) .
- « حاشية الدسوقي على الشرح الكبير » لـ محمد عرفه الدسوقي وبهامشه الشرح المذكور للرددير مع تقارير الشيخ عيسى ج ٣ ، خصوصاً ص ٣٧٧ - ٣٩٧) .

فقه الحنابلة :

- « المفتى » لابن قدامة وعليه الشرح الكبير ، ج ٥ مصر سنة ١٣٤٧ (مطبعة المنار) . (خصوصاً ص ٢٠١ - ٢٧٠) .
- « منتهى الإرادات » لتقى الدين محمد بن أحمد الفتوحى الحنبلى

المصرى الشهير بابن النجار ، القسم الأول ، القاهرة ١٩٦١ بتحقيق
عبد الغنى عبد الخالق (خصوصا ص ٤٤٣ - ٤٥٤) .

- شرح البهوتى على منتهى الارادات للفتوحى (بهامش كشف القناع)
خصوصا ص ١٦٤ - ١٩٦ .

- « كشف القناع عن متن الاقتناع » لمنصور بن ادریس - وهو شرح
على « الاقتناع لطالب الانتفاع » للحجاوى - ج ٢ القاهرة سنة
١٣١٩ (خصوصا ص ٢٣١ - ٢٥٢) .

BIBLIOGRAPHIE

- Anson, William, *Principles of the English Law of Contract and of Agency in its Relation to Contract*, Oxford 1920 (spécialement, pp. 399-436).
- Arangio-Ruiz, Vincenzo, *Le Contrat de mandat en droit romain*, Revue « Al Qanoun wal Iktisad » (Bulletin de la Faculté de Droit du Caire), XVII (1947), pp. 1-89.
- Arnaud, De la représentation, Thèse, Poitiers, 1870.
- Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. IV, Paris, 1871.
- Batiffol, *Les conflits des lois en matière de contrats*, Paris, 1938.
- Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, 1956.
- Batiffol, *Traité élémentaire de droit international privé*, Paris, 1959.
- Beauregard, V., *Du développement parallèle de la représentation dans les instances judiciaires et dans les actes juridiques*, Thèse, Paris, 1892.
- Belgesay, M. Resit, *Hukukî muamelelerde temsil*, Istanbul, 1941 (Cours de doctorat No. 3 de la Faculté de Droit de l'Université d'Istanbul).
- Birsen, Kemaleddin, *Borçlar Hukuku Dersleri*, t. I, Istanbul, 1944 (spécialement, PP. 130-157).
- Boland, E., *De la représentation dans les contrats*, Thèse, Liège, 1927.
- Bouquier, P., *Etude générale de la représentation dans les actes juridiques*, Thèse, Montpellier, 1899.
- Royer, M., *Essai sur la représentation dans les actes juridiques*, Thèse, Toulouse, 1898.
- Bowstead, William, *A Digest of the Law of Agency*, 8th Edition. London, 1932.

- Bry, De la représentation de la personne dans les actes de la vie civile, Thèse, Poitiers, 1871.
- Calais-Auloy, Essai sur la notion d'apparence en droit commercial, Thèse, Montpellier, 1959.
- Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, 5ème édition, Paris, 1929.
- Carboni, M., Sul concetto di nuntius, nei « Scritti giuridici dedicati et offerti a Gianpietro Chironi », Vol. I, 1915, PP. 45-48.
- Carbonnier, J., Théorie des obligations, Paris, 1963.
- Carnelutti Francesco, Teoria generale del diritto, 2a edizione, Roma, 1946.
- Chehatah, Chfik, Le concept de la représentation en droit romain, Revue (Al Quanoun wal Iktisad), XV (1945), PP. 111-172.
- Cheshire and Fifoot, The Law of Contract, London, 1960.
- Chiati, Ahmed Zaki El, La formation du contrat et son interprétation dans le nouveau code civil égyptien, Revue « Al Quanoun wal Iktisad » XIX (1949), pp. 5-86.
- Chironi, G.P., La colpa nel diritto civile odierno — Colpa estracontrattuale, Vol. I, 1903.
- Chironi, G.P., Istituzioni di diritto civile italiano, Vol. I, 1912, (spécialement, pp. 187-190).
- Chironi, G.P., Del contratto con se medesimo, nei « Nuovi studi e questioni di diritto civile », 1922, pp. 247-264.
- Chironi, e Abello, Trattato di diritto civile, Vol. I, Torino, 1904 (spécialement pp. 411-430).
- Clarise, Jean, De la représentation. Son rôle dans la création des obligations, Thèse, Lille, 1949.
- Chitty, On Contracts, 23rd Edition, Vols. I and II, London, 1968.
- Colin, Paul, De la détermination du mandat salarié (Mandat salarié et activé professionnelle), Thèse, Paris, 1931.
- Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, t. I, Paris, 1923.

- Coppola, Andrew J., *Materials in the Law of Agency*, Totowa, N.J., 1975.
- Corbesco, Dan, *De la représentation dans les actes juridiques et principalement dans les contrats*, Thèse, Paris, 1912.
- Coumbaros, Nicolas, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, t. I, Paris, 1931.
- « Corpus Juris » being a complete and systematic statement of the whole Body of the Law, edited by William Mack and W.B. Hale, Vol. II, New York 1915 (spécialement V° Agency, pp. 404-971).
- « Corpus Juris Secundum », Vols. 2A, 1972 and 3, 1973.
- Cornil, Georges, *Droit romain*, Bruxelles, 1921.
- Cuq, Edouard, *Manuel des institutions juridiques des romains*, 2ème édition, Paris, 1928.
- David, René, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, 1950.
- Delangle De La Ville Gaudin, *De la représentation en droit anglais (Agency)*, Thèse, Paris, 1923.
- Del Vecchio, *Philosophie du droit*, Paris, 1953.
- Demoyue, René, *Traité des obligations en général*, t. I, Paris 1923 (spécialement pp. 173-253, Nos. 89-155 ter.).
- Demogue, René, *Notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911.
- Devlin, Patrick, *Fraudulent Misrepresentation : Division of Responsibility between Principal and Agent*, in the *Law Quarterly Review*, London, Vol. 53, 1937, pp. 344 et seq.
- Didier-Pailhé, H., *De la représentation des capables en matières extrajudiciaires*, Thèse, 1872.
- Donnedieu De Vabres, J., *Les actes de l'héritier apparent*, *Rev. Trim.*, 1940-41, pp. 385-403.
- Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, Paris, 1927.
- Duguit, *Le mandat du droit public et la théorie de l'organe*, *Rev. Générale de Droit*, 1902, pp. 231 et s.
- Falque-Pierrotin, *Le mandat. Ses éléments constitutifs*, Thèse, Paris, 1933.

- Person, M., *Principles of Agency*, Brooklyn, 1954.
- Flattet, Guy, *Les contrats pour le compte d'autrui*, Paris, 1950.
- Foucault, E., *De la représentation dans le mandat et la gestion d'affaires (Droit romain). La vente avec déclaration de commande (Droit français)*, Thèse, Paris, 1893.
- Foulquié, Paul, *La volonté*, (Collection « Que sais-je ? »), Paris, 1951.
- Fuller, Lon L., *Legal Fictions*, Stanford University Press, Stanford, Cal., 1967.
- Funk, Fritz, *Commentaire du Code Fédéral des Obligations, Traduction de l'allemand par Porret et Perregaux*, Paris, 1930 (spécialement pp. 28-36).
- Geny, *Science et technique en droit privé positif*, 4 vols., Paris, 1914-1924.
- Giorgi, G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, 1909, Vol. III (spécialement pp. 369-378) et Vol. V.
- Girard, P.F., *Manuel élémentaire de droit romain*, 6ème édition, Paris, 1918.
- Goria, Gino, *Il Contratto — Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, 2 Vols., Milano, 1955.
- Gouget, *Théorie générale du contrat avec soi-même*, Thèse, Caen, 1903.
- Graulich, Paul, *Principes de droit international privé*, Paris, 1961.
- Graziani, A., *Rappresentanza senza presentza*, Napoli, 1927.
- Groppail, Alessandro, *Le rôle de la volonté dans la formation des actes juridiques*, in *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, 10ème année, Paris, 1940, pp. 195-204.
- Guhl, Theo, *Le droit fédéral des obligations*, Traduction de l'allemand par René des Goutes, Zurich, 1947.
- Hanoteau, Ch., *De la représentation dans les divers actes juridiques en droit romain et en droit français*, Thèse, Paris, 1876.
- Holleaux, G., *La représentation réciproque des co-obligés solidaires*, Note sous Cass. Civ., 28 Février 1938 et 10 Novembre 1941, Dalloz, 1942/J1/99.

- Ihering, *Mesprit du droit romain*. Traduction de l'allemand par Meulonaer, t. IV, Paris, 1888.
- Jenks, *Digeste de droit civil anglais*, Traduction de l'anglais par Baumann et Goule, t. I, Paris, 1923 (spécialement pp. 38-46).
- Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. II, Paris, 1933.
- Julliot De la Morandière, *Précis de droit civil*, t. II, Paris, 1966.
- Laurent, *Principes de droit civil français*, t. 27, Bruxelles et Paris, 1878.
- Lazerges, Christine, *Les mandats tacites*, Rev. Trim., 1975, pp. 222-247.
- Léauté, Jacques, *Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence*, Rev. Trim., 1947, pp. 288-307.
- Lehr, Ernest, *Eléments droit civil anglais*, t. II, 1906 (spécialement pp. 256-269).
- Lerebours-Pigeonnière, *De prête-nom mandataire*, Thèse, Caen, 1897.
- Levy-Ulmann, *La contribution essentielle du droit anglais à la théorie générale de la représentation dans les actes juridiques*, Mémoires de l'Académie Internationale de Droit Comparé, t. I, 1928.
- Madray, G., *De la représentation en droit privé. — Théorie et pratique*, Thèse, Bordeaux, 1931.
- Magnin, Eugène, *De la représentation*, Thèse, Paris, 1899.
- Magno, Donato, *Locazione d'opere e mandato nel progetto italo-francese delle obbligazioni e dei contratti*, Rivista di diritto civile, 1929, pp. 209-285.
- Malvagna, Simone, *Sulla natura giuridica della rappresentanza*, Rivista di diritto civile, 1936, pp. 257-305.
- Martin De La Moutte, Jacques, *L'acte juridique unilatéral*, Thèse, Toulouse, Paris, 1951 (spécialement pp. 41-51).
- Marty, *Le mandat sans représentation*, Thèse, Montpellier, 1937.
- Marty et Reynaud, *Droit civil*, t. II, Vol. I (*Les obligations*), Paris, 1962.

- Maruitte, Maurice, *La notion de gestion d'affaires. -- Etude critique*, Thèse, Paris, 1931.
- Mazeaud, H. et L., *Traite théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, Paris, 1934.
- Mazeaud, H.L., et J., *Leçons de droit civil*, t. I, 3ème éd., Paris, 1936.
- Mechem, Floyd R., *Outlines of the Law of Agency*, 4th Edition. Chicago, 1952.
- Messineo, Francesco, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948 (spécialement pp. 137-171).
- Michoud, Léon, *La théorie de la personnalité morale*, t. I, Paris, 1932.
- Mirabelli, *Commentario del codice civile*, Libro IV, t. II, Torino 1961.
- Nicoleano, H., *De la représentation indirecte*, Thèse, Paris, 1912.
- Ogden, C.K., *Bentham's Theory of Fictions*, London, 1932.
- Oudinot, M., *De la représentation imparfaite en droit français*, Thèse, Paris, 1909.
- Pacchioni, G., *Della gestione degli affari altrui*, Padova, 1935.
- Pacchioni, G., *Diritto civile italiano*, parte seconda (diritto delle obbligazioni), Vol. II. Padova, 1939 (spécialement pp. 295-322).
- Perron, Roger, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Paris, 1953.
- Picard, Maurice, *La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine*, Rev. Trim., 1921, pp. 419-467 et 1922, pp. 5-34.
- Pilon, Eustache, *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*, Thèse, Caen. 1897.
- Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol, revu et complété par Georges Ripert avec le concours de Jean Boulanger*, t. II, Paris, 1947.
- Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2ème édition. t. II (la famille) avec le concours d'André Rouast, Paris, 1952, t. VI (les obligations) avec le concours de Paul Esmein, Paris, 1952.

- Pollock's, *Principles of Contract*, 12th dition, by P.H. chnierd, London, 1946.
- Popesco-Rammceano, René, *De la représentation dans les actes juridiques en droit compare*, Thèse, Paris, 1927.
- Popesco-Rammceano, René, *La représentation dans le projet du code des obligations élaboré par l'Union Législative entre Nations Alliées et Amies*, Bull. de la Société de Législation Comparée, t. 57, 1927-1928, pp. 190-205, (v. compte rendu dans la Rivista di Diritto Civile, 1928, p. 426).
- Popesco-Ramniceano, René, *Réflexion sur le problème de la représentation*, Rev. Critique, 1932, pp. 435-448.
- Pothier, *Oeuvres* édition Bugnet, t. V, Paris, 1861 (spécialement pp. 171 et s.).
- Pradines, Maurice, *Traité de psychologie générale*, t. II, Paris, 1948.
- Rabel, Ernst, *The Conflict of Laws, A Comparative Study*, I, Ann Arbor 1958, II, Ann Arbor 1960, III, Ann Arbor 1964.
- « Reestatement of the Law of Agency » as adopted and promulgated by the American Law Institute, Washington, 1933, 2 Vols. ; 2nd Edition, Washington, 1958.
- Rigaux, F., *Le statut de la représentation, Etude de droit international privé comparé* (Bibliotheca Visseriana, t. XX), Leiden,
- Rouast, *La représentation dans les actes juridiques*, Cours de Doctorat, Paris, 1947-1948.
- Sallé De Lamarnière, *Le mandat irrévocable*, Rev. Trim., 1937, pp. 241-280.
- Saleilles, *Commentaire sur le titre de la représentation dans le code civil allemand*, Traduction du Code Civil Allemand publiée par le Comité de Législation Etrangère institué près le Ministère de la Justice avec le concours de la Société de Législation Etrangère, t. I, Paris, 1904, pp. 201-242.
- Saleilles, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code Civil pour l' empire allemand*, Paris, 1914.

- De Saussure, Claude, L'acte juridique fait sans pouvoirs de représentation. Etude de l'art. 58 Code des obligations, Lausanne, 1945.
- Savatier, René, Le prétendu principe de l'effet relatif du contrat. Rev. Trim., 1954, pp. 525 et s.
- Savatier, René, Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui 3ème série, Paris, 1959 (spécialement pp. 30-61).
- Savigny, Le droit des obligations, traduction de l'allemand par Hippiert, t. II, Paris, 1873 (spécialement pp. 93-146).
- Schmittof, C.M., Agency in International Trade : A Study in Comparative Law, Académie de Droit International, Recueil des Cours, t. 129 (1970 I), Leiden, 1971, pp. 107-203.
- Schneider et Fick, Commentaire du Code Fédéral des Obligations du 30 Mars 1911, Traduction de l'allemand, t. I, 1915 (spécialement pp. 81-93).
- Seavey, W.A., Studies in Agency, Chicago, 1949.
- De Semo, G., Istituzioni di diritto privato, Firenze, 1946 (spécialement pp. 183-185).
- Serge, G., Sull'inopposabilità al terzo di buona fede dei limiti ai poteri di rappresentanza non risultanti dal documento esibigibili, Foro, 1921, pp. 71 e s.
- Stolfi, Giuseppe, La conclusione dei contratti per persona da dichiarare, Rivista di diritto civile, 1926, pp. 537-555.
- Stoljar, S.J., The Law of Agency, London, 1961.
- Sutton and Shannon, On Contracts, 3rd Edition, London, 1944.
- Tag El-Dine, Yahia, Le dol français et la misrepresentation anglaise, Paris, 1926.
- Tiffany, Agency, 2nd Edition, by Powell.
- Tissier, Note sous Cass. Civ., 15 Juin 1898, Sirey 99/1/209.
- Troplogy, Commentaire du mandat, Paris, 1849 et Bruxelles, 1847.
- Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française, t. IV, Paris, 1949, pp. 109-159.

- Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil (français),**
Années 1947-1948, Paris, 1949.
- Von Tuhr, Andreas, *Partie Générale du Code Fédéral des Obligations. Traduction de l'allemand*, Vol. I, Lausanne, 1929 (spécialement pp. 282-323).
- Tunc, André, *De l'application de la gestion d'affaires entre contractants*, Note de jurisprudence, *Dalloz*, 1947/J/386.
- Vallimaresco, *Des actes juridiques avec soi-même*, in *Revue Trim. de Droit Civil*, 1926, pp. 973 et s.
- Viforeanu, Pierre C., *Contribution à l'étude du contrat dans le projet franco-italien et en droit comparé*, Paris, 1932 (spécialement pp. 466-519).
- Vivante, Cesare, *Traité de droit commercial, Traduction de l'italien par Jean Escarra*, t. I, Paris, 1910 (spécialement pp. 240-284).
- Vivante, Cesare, *Gli agenti di commercio e la conclusione dei contratti*, *Rivista di diritto commerciale*, 1922, I, pp. 614 et s.
- Weill, Alex, *La relativité des conventions en droit privé français* Paris, 1939.
- Anonyme, *Note de jurisprudence sous Chambre des Lords*, 5 Mai 1923 (sur la théorie de la représentation « Agency » en droit anglais), *Revue de Droit Maritime Comparé*, 1923/3/120.
- Anonyme, *Note de jurisprudence sous Cass. (italienne)*, 8 Juillet 1929 (*Contratto fatto dal mediatore*), *Rivista di diritto civile*, 1929, pp. 400-402.

فهرس

صفحة	تصدير الطبعة الثالثة
٥	مقدمة
٧	مدلول تعبير « النياية »
٩	حدائة العهد بالنظرية العامة للنياية
١٣	انتفاء النياية فى القانون الرومانى
١٥	تحديد نطاق البحث
٢١	المعالم البارزة فى الموضوع
٢٣	خطة البحث

الكتاب الأول

طبيعة النياية

٣١	الباب الأول - فى عناصر الإرادة فى النياية
٣٤	تحليل الإرادة التعاقدية إلى عناصرها
٣٩	الفصل الأول - الأهلية
٤١	عند النائب
٤٧	عند الأصيل
٤٩	الفصل الثانى : عيوب الإرادة
٤٩	عند النائب
٥١	عند الأصيل
٥٨	الفصل الثالث : الظروف الخاصة المتعلقة بالإرادة
٦٩	الباب الثانى : فى الطبيعة القانونية للنياية

٧٠	الفصل الأول : النظريات المقترحة لبيان طبيعة النيابة . . .
٧١	المبحث الأول : نظرية الافتراض
٧٢	نقدها
٧٦	المبحث الثاني : النظريات القائمة على الإرادة . . .
٧٧	القسم الأول - نظرية إرادة الأصل . . .
٧٩	نقدها
٨٢	القسم الثاني ، النظريات القائمة على إرادة النائب
٨٣	نظرية إيرنج - عرض ونقد
٨٤	نظرية بيلون - عرض ونقد
٨٧	نظرية ليفي - أولمان - عرض ونقد
٩١	نظرية سافاتييه - عرض ونقد
٩٣	القسم الثالث : نظرية اشتراك الإرادتين . . .
٩٤	عرض النظرية
٩٦	نقد النظرية
١٠٨	صيقتان جديدتان للنظرية - نقدهما
١١٤	المبحث الثالث : نظرية القانون الوضعي
١١٥	عرض النظرية
١١٧	نقد النظرية
١١٩	صيغة جديدة للنظرية - نقدها
١٢٤	الفصل الثاني : نتيجة البحث في طبيعة النيابة
١٢٤	استعراض النظريات المختلفة
١٢٥	استبعاد ما عدا نظرية إرادة النائب
١٢٧	نقص تلك النظرية
	محاولة اكمالها على ضوء الوظيفة الاجتماعية للتصرف
١٢٨	القانوني
١٣١	تطبيق الفكرة المتقدمة على الأحكام الوضعية للنيابة

الكتاب الثاني

أحكام النيابة

الباب الأول : في نشأة النيابة ومداها

١٤٤	الفصل الأول : الإنابة
-----	---------------------------------

١٤٥	• • • • •	النيابة الاختيارية والنيابة الضرورية
١٤٧	• • • • •	ماهية النيابة
١٤٩	• • • • •	التفرقة بين النيابة والوكالة
١٥١	• • • • •	أمثلة على وكالة بلا إناابة وإناابة بلا وكالة
١٥٣	• • • • •	خطا الالتجاء لفكرة الوكالة الضمنية
١٦١	• • • • •	الانابة الداخلية والانابة الخارجية
١٦٥	• • • • •	استقلال الانابة عن التصرف الذى ترتبط به
١٧١	• • • • •	شكل الانابة
١٨٠	• • • • •	الانابة الضمنية
١٩٠	• • • • •	الانابة الناشئة عن وضع يشغله النائب

١٩٦ • • • • • الفصل الثانى : مدى النيابة

٢٠٠	• • • • •	أوجه تقييد مكنة النائب
		مدى النيابة عن الشخص المعنوى - تمييز النائب
٢٠٢	• • • • •	عن العضو
٢٠٤	• • • • •	قواعد تفسير النيابة
٢١٣	• • • • •	تعدد النواب
٢١٦	• • • • •	انابة النائب غيره
٢٢٥	• • • • •	تعاقد النائب مع نفسه
٢٣٣	• • • • •	تعاقد النائب مع نفسه فى الشريعة الاسلامية
٢٣٧	• • • • •	أحوال فإاذ التصرف رغم خروجه عن حدود النيابة
٢٣٧	• • • • •	الاقسار
٢٤١	• • • • •	كون التصرف نافعا للاصيل
٢٤٣	• • • • •	وجود نيابة ظاهرة (احالة)
٢٤٣	• • • • •	قيمة تعليمات الاصيل الى نائبه
٢٤٧	• • • • •	جزاء تجاوز حدود النيابة
٢٤٩	• • • • •	مسئولية النائب قبل الغير - أساسها
٢٤٩	• • • • •	الخطا التصبرى
٢٥٠	• • • • •	فكرة « الخطا عند تكوين العقد »
٢٥٤	• • • • •	التصهد عن الغير
٢٥٦	• • • • •	الزام النائب أحكام العقد

٢٥٩ • • • • • الفصل الثالث : الانابة الظاهرة

٢٦٠	• • • • •	أحكام القضاء
-----	-----------	--------------

٢٦٩	• • • • •	النصوص التشريعية
٢٨٠	• • • • •	أساس النيابة الظاهرة
٢٨٩	• • • • •	الباب الثاني : في أثر النيابة
٢٩١	• • • • •	ضرورة العلم بوجود النيابة
٢٩٤	• • • • •	العلم الحقيقي والعلم المفترض
٣٠٦	• • •	الفصل الأول : أثر النيابة بالنسبة للأصيل
٣٠٦	• • •	انصراف آثار التصرف رأساً إلى الأصيل
٣٠٨	• • • • •	في الشريعة الإسلامية
٣٢٤	• • • • •	في القانون الانجليزي
٣٣٢	• • • • •	مسئولية الأصيل عن خطأ النائب
	• • • • •	خروجها عن نطاق النيابة
٣٣٩	• • •	الفصل الثاني : أثر النيابة بالنسبة للنائب
٣٣٩	• • •	بقاء النائب بمعزل عن آثار التصرف
٣٤١	• • • • •	النيابة والاشتراط لمصلحة الغير
٣٤٢	• • • • •	النيابة والتضامن السلبي
٣٤٥	• • • • •	النيابة والائابة في الوفاء
٣٤٦	• • • • •	مسئولية النائب قبل الغير (إحالة)
٣٤٧	• • •	الفصل الثالث : أثر النيابة بالنسبة للغير
٣٤٩	• • • • •	الباب الثالث : في انقضاء النيابة
		الفصل الأول : أسباب انقضاء النيابة بحكم القانون
٣٥٢	• • •	أسباب متعلقة بشخص الأصيل
٣٥٢	• • • • •	١ - موت الأصيل
		استمرار النيابة رغم موت الأصيل - اختلاف
٣٥٤	• • • • •	التشريعات في هذا الشأن
٣٥٦	• • • • •	حكم القانون المصري
٣٥٦	• • • • •	اتجاه القضاء قبل صدور التقنين الحالي
٣٥٧	• • • • •	حكم الشريعة الإسلامية
٣٥٩	• • •	اتجاه القضاء نحو التخفيف من عبء الإثبات

٣٦٠	٢ - فقد أهلية الأصل أو نقصها
٣٦١	٣ - افلاس الأصل
٣٦٢	أسباب متعلقة بشخص النائب
٣٦٣	الفصل الثاني : الأسباب الاختيارية لانقضاء النيابة
٣٦٤	١ - العزل
٣٦٤	حماية الغير حسن النية
٣٦٥	حكم للشرعة الإسلامية في ذلك
٣٦٦	تعلق حق النائب أو الغير بالنيابة
٣٦٧	« الوكالة الدورية » في الشريعة
٣٦٩	العزل الضمني
٣٧١	العزل في النيابة القانونية
٣٧٢	٢ - نزول النائب عن النيابة الاتفاقية
٣٧٤	نزول النائب عن النيابة القانونية

٣٧٥ **الباب الرابع - في تنازع القوانين في النيابة**

٣٧٦	اعتبارات عامة
٣٧٨	صور تجاوز علاقة النيابة حدود الدولة الواحدة
٣٨٠	أهمية حل تنازع القوانين بشأن النيابة - أمثلة
٣٨٢	تحديد المقصود بعلاقة النيابة في تنازع القوانين
٣٨٦	الحاجة الى قاعدة اسناد خاصة بالنيابة

الفصل الأول : الحلول المقترحة لتنازع القوانين في علاقات النيابة

٣٩٣	المبحث الأول : حلول تنازع القوانين في النيابة
٣٩٥	الضرورة

المبحث الثاني : حلول تنازع القوانين في النيابة الاختيارية

الفصل الثاني : قاعدة اسناد علاقات النيابة الضرورية

٤٠٩	تطبيق قانون الأصل
٤١٠	استثناء - تطبيق قانون النائب
٤١٢	تبرير الاسناد الى قانون العلاقة الداخلية
٤١٣	تطبيق قانون الارادة ؟

٤١٤	• • • • • حالة الفضالة
٤١٦	• • • صياغة قاعدة اسناد النيابة الضرورية
٤١٨	الفصل الثالث : قاعدة اسناد علاقات النيابة الاختيارية
٤١٨	• • • • • تطبيق قانون الارادة
٤٢٠	• • • هل للبنائب دور في تحديد قانون الارادة ؟
٤٢٢	الحلول المقترحة عند تخلف قانون الارادة - نقدها
	تطبيق قانون مكان التعاقد - عدم كفاية هذا
٤٢٨	المكان كضابط اسناد وحيد • • • • •
	حالة النيابة الظاهرة والمستمدة من وضع يشغله
٤٣٠	النائب • • • • •
٤٣١	• • • صياغة قاعدة اسناد النيابة الاختيارية
	قواعد لاهاي الجديدة (سنة ١٩٧٧) بشأن اسناد
٤٣٢	• • • • • النيابة الاختيارية
٤٣٩	• • • • • خاتمة
	ملحق بالنصوص العامة المتعلقة بالنيابة في مختلف
٤٤٥	• • • • • التقنيات
٤٧٢	• • • • • ثبت المراجع العربية والاجنبية

دعم الايداع بدار الكتب ٣١٩٤ / ١٩٨٠
 ISBN ٩٧٧ ٢٠١ ٨٥٢ ٧

Bibliotheca Alexandrina



0597128

مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب

٢٢٥ قرشاً